Zur Bedeutung des Verfassungsrechtsatzes vom rechtlichen Gehör

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

1962

vorgelegt von
WENZEL HECK
aus Berlin

1963

7457

Zur Bedeutung des Verfassungsrechtsatzes vom rechtlichen Gehör

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
WENZEL HECK
aus Berlin

1963

Dekan: Prof. Dr. Joachim Gernhuber
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Günter Dürig

Tag der mündlichen Prüfung: 22. November 1962

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

§ 1 Einleitung 1

I Die Aufnahme des Prozeßgrundsatzes vom rechtlichen Gehör in das deutsche Verfassungsrecht 1
(Alter Prozeßgrundsatz - Rechtssprichwörter - Römisches und mittelalterliches deutsches Recht - Behandlung im neueren Prozeßrecht - Grund der Aufnahme in die Verfassungen)

II Die bisherige Behandlung des Art. 103 I GG in Schrifttum und Rechtsprechung 2

1. Das Schrifttum 2
(Überblick - Beispiele für das Ausmaß der Meinungsverschiedenheiten)

2. Die Rechtsprechung des BVerfG 4
(Statistik - Erfahrungen mit der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 103 I GG)

III Die Aufgabe der Arbeit 5

1. Der leitende Gedanke (Lückenfüllung) 5

2. Ausklammerungen 6

a) Gehör vor Verwaltungsbehörden 6

b) Der Inhalt und die Rechtsträger des Art. 103 I GG 6

c) Die Folgen der Verletzung des Art. 103 I GG 7

3. Die verbleibenden Fragenkreise und der Aufbau der Arbeit (Untersuchung in drei Teilen) 8

Erster Teil: Gegenstand, Ursprung und Sinn des durch Art. 103 I GG gewährten rechtlichen Gehörs

§ 2 Der Gegenstand des Art. 103 I GG 10

I Die Lehre Baur's 10

1. Die Fragestellung 10
(Justizgewährungsanspruch in Art. 103 I GG?)

2. Hinweise in der älteren Literatur des Prozeßrechts 10

3. Baur's Ziel und Begründung 11
(Eröffnung der Verfassungsbeschwerde - Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 103 I GG - Art. 6 MRK)

4. Zustimmende Autoren 12

Seite

II Abweichende Stellungnahmen 12
1. Kritik an Baur's Begründung 12
2. Anderweitiger Schutz des Justizgewährungsanspruchs? 13
a) Art. 101 I 2 GG 13
b) § 13 GVG 14
c) Art. 19 IV GG 15
3. Ergebnis 15
(Justizgewährungsanspruch nicht in Art. 103 I GG, aber im Rechtsstaatsprinzip)

§ 3 Ursprung und Sinn des durch Art. 103 I GG gewährten rechtlichen Gehörs 17
I Außerverfassungsrechtliche Lehren 17
1. Ableitung aus anderen Prozeßgrundsätzen und Prozeßrechtsnormen 17
2. Baur's Lehre von der Unrechtsabwehrtendenz 19
a) Die Begründung 19
b) Die Kritik an der Lehre 19
(Mangel an Bestimmtheit der Lehre - Unbefriedigende Begründung der Ausnahmen)
3. Löwe's Ableitung aus dem Begriff der Rechtsprechung 20
a) Die Begründung 20
(Rechtsprechung als Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten)
b) Angebliche Hinweise und Bestätigungen 21
c) Stellungnahme 22
(Ungeeignetheit des Kriteriums "kontradiktorisches Verfahren" - Nichtberücksichtigung des Art. 103 I GG)
II Der verfassungsrechtliche Ursprung und Sinn des durch Art. 103 I GG gewährten Rechts 23
1. Erste Wurzel: Die Menschenwürde 23
a) Der Grundsatz 23
(Die Beteiligten als Verfahrenssubjekte - keine Beschränkung des Sinnes auf den Schutz der materiellen Grundrechte)
b) Die Reichweite des Art. 1 I GG in Art. 103 I GG 25
(Minimalgarantie - Kern- und Randbereich - Abgrenzung im Einzelfall - Bedeutung des auf dem Spiel stehenden materiellen Wertes)

Seite

2. Zweite Wurzel: Das Rechtsstaatsprinzip 27
(Beschränkung auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs - Die Frage seiner Unabänderlichkeit

Zweiter Teil: Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 103 I GG

§ 4 Art. 103 I GG als subjektives öffentliches Recht 29
I Die abstrakte Untersuchung 29
1. Zur Methode 29
a) Die Reihenfolge der Untersuchung 29
(Zunächst Feststellung der Qualität als subjektives öffentliches Recht, dann der Grundrechtseigenschaft)
b) Der besondere Vorzug 30
(Kenntnis der Statuszugehörigkeit wichtig für die Feststellung der Grundrechtseigenschaft)
2. Zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts 30
a) Vorbemerkung 30
b) Die wesentlichen Stimmen in der Literatur 30
c) Die Abgrenzung zum Rechtsreflex 31
d) Die Durchsetzungsmöglichkeit als Kriterium des subjektiven Rechts 32
3. Die Anwendung der Lehre auf Art. 103 I GG 32
a) Die Durchsetzungsmöglichkeit in § 90 BVerfGG (Die bestehenbleibende Lücke) 32
b) Das Wort "Anspruch" 33
c) Der Sinn und Zweck des Art. 103 I GG 34
4. Ergebnis 34
a) Art. 103 I GG ist subjektives öffentliches Recht aus zwei Gründen 34
b) Keine Drittwirkung 34
(Insbesondere: Das schiedsrichterliche Verfahren)
II Das in Art. 103 I GG verwirklichte Statusverhältnis 35
1. Die Statuslehre 35
a) Der passive Status 35
b) Der aktive Status 35
c) Der negative Status 35

Seite

d) Der positive Status 36
(Rechtsschutzanspruch als Recht des positiven Status - Die abweichende Ansicht Habscheid's)

2. Die Einordnung des Art. 103 I GG 38
a) Vorbemerkung 38
(Klarheit über den Inhalt des Rechts als Vorbedingung der Einordnung - Bezugnahme auf Löwe's Darlegung des Inhalts möglich)
b) Recht des status activus? 38
(Vergleich mit Art. 17 GG - Petition lediglich Anstoß)
c) Recht des status positivus 39
(Rechtliches Gehör als Erfüllungsphase des Justizgewährungsanspruchs - Deshalb Vermutung für Zugehörigkeit zum positiven Status - Bestätigungen in den Bereichen des "Hören" und "Gehörtwerden")
d) Recht des status negativus 41
(Doppelzugehörigkeit nicht außergewöhnlich - Kein vorstaatliches Freiheitsrecht - Bestätigungen - Vergleich ergibt: Schwergewicht beim positiven Status - Abweichende Meinung Heinzmann's - Stellungnahme hierzu)

3. Die Vollziehbarkeit des Art. 103 I GG 43
a) Die Lehre zur Frage der Vollziehbarkeit der Statusrechte im allgemeinen 43
(Unterschiedliche Behandlung von negativen und positiven Rechten - Art. 101 I 2 keine Ausnahme)
b) Anwendbarkeit der Lehre auf Art. 103 I GG? 44
(Keine Anlehnung an die Lage bei Art. 101 I 2 GG möglich - Sozialrechte unvollziehbar - Art. 103 I GG kein Sozialrecht - Auslegungsschwierigkeiten kein Hindernis der Vollziehbarkeit - Art. 103 I GG ist vollziehbar)
c) Die Meinungen hierzu in Schrifttum und Rechtsprechung 45

Seite

(Die abweichende Fragestellung - Unterscheidung zwischen Unabhängigkeit und Vollziehbarkeit - Trotzdem Literatur verwertbar)
aa) Die Rechtsprechung des BayVerfGH 45
(Wertmäßige Anhebung des inhaltlich unveränderten Prozeßgrundsatzes - Kritik)
bb) Die Rechtsprechung des BGH 46
cc) Die Rechtsprechung des BVerfG 47
(Ausgangspunkt - Rechtsprechung zu Art. 103 III GG - Neuere Mittellinie)
dd) Das Schrifttum 48
(Mittelmeinung und strenge Meinung - Stellungnahme - Gefahr der Mittelmeinung - Gefahr der unmittelbaren Vollziehbarkeit)

§ 5 Art. 103 I GG als Grundrecht 49
I Vorbemerkung: Die Bedeutung der Frage 49
(Anknüpfung an den Grundrechtsbegriff in Vorschriften des GG - Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis - Grundrechtsschranken - Grundrechtskonkurrenz - Notwendigkeit von Vorfragen)
II Vorfragen 50
1. Sind Verfassungsrechte stets Grundrechte? 50
2. Sind Menschenrechte stets Grundrechte? 51
(Fehlerhaftigkeit von Löw's noch weiter gehender Meinung von der Identität der Menschenrechte und Grundrechte - Ablehnung auch der engeren Ansicht Dürig's)
3. Gibt es prozessuale Grundrechte? 52
(Beispielsfälle)
4. Gibt es außerhalb des Katalogs Grundrechte? 53
a) Das Schrifttum und die Rechtsprechung 53
aa) Unter der WRV 53
bb) Unter dem GG 54
b) Die eigene Meinung 57
aa) Hinweise in der Entstehungsgeschichte des GG 57
(Art. 33 II - Art. 101 und 103 - Art. 104)
bb) Wortlaut und Systematik des GG 58

Seite

cc) Grundrechtskonkretisierungen 58
(Auch diese sind Grundrechte)

III Die Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG 60

1. Vorläufer des Art. 103 I GG im Verfassungsrecht 60
(Verfassungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts - Verfassungen deutscher Staaten im 19. Jahrhundert - Die Reichsverfassungen - Verfassungen deutscher Länder nach 1945)

2. Die Bedeutungslosigkeit der Entstehungsgeschichte des Art. 103 I GG 61

3. Art. 103 I GG als Grundrechtskonkretisierung 62

a) Konkretisierungsversuche in der Literatur 62
(Konkretisierungen des gesamten Art. 103 I GG direkt aus einem Grundrecht, nämlich aus Art. 1 I, 2 I oder 3 I GG)

b) Konkretisierung im negativen Bereich 62

c) Konkretisierung im positiven Bereich 63
(Die Notwendigkeit einheitlicher Betrachtung)

4. Übereinstimmende und abweichende Ansichten in Schrifttum und Rechtsprechung 64

§ 6 Die Auswirkungen der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG 65

I Die Bedeutung des Art. 1 III GG für Art. 103 I GG 66
(Einzige Besonderheit: Keine Bindung der Exekutive)

II Die Anwendbarkeit des Art. 19 I-III GG auf Art. 103 I GG 66

1. Art. 19 I GG 66

2. Art. 19 II GG 66
(Verfassungsgesetzgeber kein Adressat des Art. 19 II GG - Verbleibende Bedeutung des Art. 19 II GG für Art. 103 I GG)

3. Art. 19 III GG 67
(Juristische Personen im allgemeinen als Rechtsträger - Der hoheitlich oder fiskalisch handelnde Staat als Rechtsträger - Grundrecht oder objektiv-rechtliche Gewährleistung)

III Die Schranken des Grundrechts aus Art. 103 I GG 70
(Begriff der Einschränkung und der Schranke)

Seite

1. Die Schrankenlehren im allgemeinen 71
(Herrenchiemsee-Entwurf - Die Leugner immanenter Schranken - Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte - Schranken aus dem Wesen der Sache - Gemeinwohlklauseln - Heranziehung des "Soweit-Satzes" in Art. 2 I GG)
2. Die Anwendbarkeit der Lehre Klein's von den Grundrechtsschranken 73
(Allgemeine Vorbehaltsschranken? - Bedeutung der systematischen sachlichen Gewährleistungsschranken)
3. Die Anwendbarkeit der Lehre Dürig's von den Nichtstörungsschranken 74
   a) Im negativen Bereich des Art. 103 I GG 75
   (Grundsätzliche Rechtfertigung und Beispiele)
   b) Im positiven Bereich des Art. 103 I GG 78
   (Keine direkte Verletzungsmöglichkeit der Nichtstörungsschranken denkbar. - Anwendbarkeit der Lehre wegen Gleichstellung von Verletzung und Gefährdung - Ausnahmsweise indirekte Verletzungsmöglichkeit gegeben - Beispiele)
4. Zusätzliche Schranken des Art. 103 I GG? 80
(Bei positiven Statusrechten grundsätzlich denkbar - Bei Art. 103 I GG keine Schranke aus Kostengründen oder wegen Geringfügigkeit)
5. Nachträgliches Gehör infolge der Grundrechtsschranken 80
   a) Bei dauerndem Eingreifen der Schranken 81
   (Kein nachträgliches Gehör möglich)
   b) Bei vorübergehendem Eingreifen der Schranken 81
   (Nachträgliches Gehör nur bei Vorhandensein eines Rechtsbehelfs möglich - Minderwertigkeit des nachträglichen Gehörs - Ungeeignetheit von Rechtsbehelfen mit Devolutiveffekt - Rechtsbehelfe ohne Devolutiveffekt - Gegenvorstellungen)
6. Stellungnahme zu speziell für Art. 103 I GG entwickelten Schrankenlehren 84
   a) Die Ansicht Hamann's 84

Seite

b) Die Ansicht Dürig's im Anschluß an das BVerfG 84
(Begründung - Kritik - Versuch einer Bestätigung aus Art. 104 GG)
IV Die Auswirkungen auf die Landesverfassungen 87
1. Die Bedeutung der En-bloc-Übernahme der Grundrechte 87
2. Die Übernahme des Art. 103 I GG 88
(Gesetzgebungskompetenz des Bundes als Hindernis - Art. 91 I der bayerischen Verfassung - Lösungswege mit Hilfe von Art. 142 GG)

§ 7 Anhang: Weitere verfassungsrechtliche Fragen aus Art. 103 I GG 90
I Weitere Bedeutung der Grundrechtsbestimmung des Art. 103 I GG 90
1. Art. 103 I GG als Auslegungsregel 90
(Bedeutung nur für Randbereiche der auslegungsbedürftigen Norm)
2. Art. 103 I GG als Einrichtungsgarantie? 90
(Insbesondere: Die Ansicht Arndt's: Institutionelle Garantie der unabhängigen Anwaltschaft)
3. Art. 103 I GG als Grundsatznorm? 92
II Das Verhältnis von Art. 103 I GG zu Art. 6 MRK 92
1. Inhaltliche Unterschiede 92
(Geringere Reichweite des Art. 6 MRK)
2. Art. 6 MRK in der innerstaatlichen Normenhierarchie 94
(Einfaches Bundesgesetz - Völkerrechtliche Auswirkung des Art. 6 MRK auf Art. 103 I GG)
3. Verfassungsbeschwerde und Rechtsbehelfe nach der MRK 95

Dritter Teil: Der Geltungsbereich des Art. 103 I GG

§ 8 Der Begriff des Gerichts in Art. 103 I GG 97
I Die verschiedenen Ansichten im Schrifttum 97
1. Von einem Begriff der Rechtsprechung ausgehende Ansichten 98
a) Die Lehre Löwe's 98
(Begründung: Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten als Kriterium - Kritik:

Seite

Ungerechtfertigter Ausschluß richterlicher Verwaltung)

b) Die Lehre Arndt's und Bettermann's 99
(Begründung: Fällung verbindlicher Wahrsprüche als Kriterium - Kritik: Unmaßgeblichkeit des Wortes "Rechtsprechung" in der Überschrift des IX. Abschnitts und in Art. 92 GG; weiterer Begriff des Gerichts)

c) Die abweichende zweite Ansicht Bettermann's 101
(Begründung: Gerichte als speziell zur Rechtsprechung bestimmte Behörden - Kritik: Widersprüchlichkeit, Beziehungslosigkeit des verwaltenden Richters zur Rechtsprechung - Kriterien für die spezielle Bestimmung der Behörde)

2. Die komplexe Lehre Baur's 103

a) Die Spezialfälle 103

aa) Gerichtsqualität auf Grund der Bezeichnung der Behörde 103

bb) Streitentscheidende Tätigkeit der Behörde 104

b) Der Grundsatz 104
(Die Unabhängigkeit als Kriterium - Kritik Bettermann's: Angeblicher Leerlauf des Art. 97 I GG - Die entgegengesetzte herrschende Meinung - Verbleibende Bedeutung des Art. 97 I GG - Staats- und Parteiunabhängigkeit)

II Die eigene Meinung 106

1. Ausklammerungen 106
(Zwischen- und überstaatliche Gerichte - Schiedsgerichte - Vereingerichte - Berufsgerichte - kirchliche Gerichte - Gemeindegerichte)

2. Genauere Kennzeichnung des Merkmals der Unabhängigkeit 107

a) Die Übernahme des Grundsatzes 107

b) Die Gültigkeit des Art. 97 GG auch für Art. 103 I GG 108

c) Die Merkmale der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit 108
(Insbesondere: Die Bedeutung nachträglicher

Seite

Einwirkungsmöglichkeit der anderen Gewalten auf die richterliche Entscheidung)
3. Das Merkmal der Behördentrennung 110
(Tatsächliche, nicht nur rechtliche Trennung - Zusammenhang mit der Unabhängigkeit)
4. Weitere Merkmale? 111
a) Anforderungen an die Richter? 111
b) Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens? 111
c) Anforderungen an die Art der richterlichen Tätigkeit? 112
(Die Bedeutung des materiellen Begriffes der Rechtsprechung - Justizverwaltung: Mangel an Unabhängigkeit)
5. Ergebnis 113

§ 9 Das Gehör fordernde Verfahren 114
I Die Fragestellung 114
(Der Unterschied zwischen statischer und dynamischer Untersuchung - Der Ablauf des Verfahrens - Die Entscheidung als Ziel des Verfahrens)
II Die möglicherweise beschwerende Entscheidung 115
1. Die Möglichkeit der Beschwer als Voraussetzung des Rechts auf Gehör 115
a) Die Begründung 115
b) Hinweise in Schrifttum und Rechtsprechung 115
(Deren Zufälligkeit - Tatsächliche und potentielle Beschwer - Offensichtliche Fälle)
2. Die Berechtigung der Heranziehung des prozeßrechtlichen Begriffs der Beschwer 117
3. Der Begriff der Beschwer im Prozeßrecht 117
a) Sichere Merkmale? 117
(Vorhandensein eines Rechtsbehelfs - Irreparable Entscheidungen)
b) Die verschiedenen Begriffe der Beschwer im Prozeßrecht 118
aa) Zivilprozeß 118
(Formeller Begriff - Abweichende Ansicht des BGH - Ausnahmsweise materieller Begriff)
bb) Verwaltungsgerichtsprozeß 120
cc) Strafprozeß (Materieller Begriff) 120

Seite

dd) Freiwillige Gerichtsbarkeit (Materieller und formeller Begriff) 120
ee) Ergebnis 121
4. Der abgewandelte Begriff der Beschwer für Art. 103 I GG 121
(Grundsätzliche Übernahme - Materielle Beschwer als Grundvoraussetzung - Formelle Beschwer als zusätzliche Voraussetzung - Die Schwäche der Lösung: Schwierigkeiten bei der Feststellung der materiellen Beschwer)
5. Die wesentliche Auswirkung der Verwendung des Merkmals der Beschwer 122
a) Bedeutsame Erweiterung des Kreises der Gehör fordernden Entscheidungen 122
(Insbesondere: Verfahrensrechtliche Entscheidungen)
b) Gründe für die engere herrschende Auffassung 123
c) Beispielsfälle für die Erweiterung des Kreises der Gehör fordernden Entscheidungen 124
III Die nicht nur vom Willen des Betroffenen abhängige Entscheidung 125
1. Die Begründung 125
(Kein Verlust des rechtlichen Gehörs - Trotzdem beschwerende Wirkung)
2. Abgrenzungen 126
(Entscheidungen mit Rechtsbehelfsmöglichkeit ohne Devolutiveffekt - Entscheidungen mit Abhilfemöglichkeit - Entscheidungen, deren Vollziehung verhindert werden kann)

§ 10 Der Geltungsbereich des Art. 103 I GG im einzelnen 127
I Der Verfahrenszweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit 127
1. Die Fragestellung 127
(Bedeutung der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Grundlage eines Testes für die Gewährung des rechtlichen Gehörs - Kennzeichnung der Frage)
2. Der Grundsatz 128
(Die heute herrschende Meinung - Rückblick auf frühere Ansichten)
3. Die angeblichen Ausnahmen 129
a) Die Begründung in Schrifttum und Rechtsprechung 129

Seite

(Eil- und Überraschungsentscheidungen - Fürsorgefunktion des Verfahrens - Unbefriedigende Interessenabwägung)
b) Die eigene Begründung 130
(Heranziehung der Lehre von den Nichtstörungsschranken - Das Beispiel der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung - Das Beispiel der Entscheidung ohne Mitteilung des Namens von Auskunftspersonen)
II Das Strafverfahren außerhalb des Hauptverfahrens 132
1. Das Problem 132
2. Die Begründung der herrschenden Meinung 133
(Entgegenstehende Interessen und Zwecke: Vereinfachung, Beschleunigung, Sicherung, Überraschung - Natur der Sache - Vorbehalt der Rechte des Beschuldigten - Gehör nach Freiheitsentziehung)
3. Die Änderung des § 308 I StPO 134
4. Die eigene Begründung 134
(Das Beispiel des Haftbefehls - Das Eingreifen der Grundrechtsschranken)
5. Die entsprechende Behandlung anderer Fälle 136
(Bestätigungen in der StPO - Insbesondere: Die Entscheidung über die bedingte Entlassung nach § 26 StGB)
III Das Ordnungsstrafverfahren 137
1. Der Grundsatz 137
(Herrschende Meinung und Kritik daran)
2. Die Rechtfertigung der Nichtanhörung 138
(Die verschiedenen Ansichten - Die eigene Begründung)
IV Mahn-, Vorbescheids- und Strafbefehlsverfahren; Verfahren nach den §§ 24 und 91 a BVerfGG 139
1. Unvollkommenes rechtliches Gehör als Gemeinsamkeit 139
2. Das Mahn- und Vorbescheidsverfahren 140
(Abhängigkeit der Entscheidung vom Willen des Betroffenen)
3. Das Strafbefehlsverfahren 140
(Bedenken gegen die herrschende Meinung - Bedeutung des Strafbefehls nach Einlegung des

Seite

Einspruchs)
4. Die Verfahren nach den §§ 24 und 91 a BVerfGG 142
(Die Notwendigkeit der Anhörung - Tendenzen zur Vernachlässigung des rechtlichen Gehörs - Bedeutung der §§ 24 S 2, 91 a III BVerfGG)
V Das Vorlageverfahren 143
1. Das Verfahren des vorlegenden Gerichts 143
(Keine Beschwer denkbar)
2. Das Verfahren des über die Vorlage entscheidenden Gerichts 143
VI Das Beschwerdeverfahren 144
1. Das Verfahren des iudex ad quem 144
(Gründe für die frühere, Gehör nicht für erforderlich haltende Meinung - Heutige herrschende Meinung)
2. Das Abhilfeverfahren des iudex a quo 145
(Die verschiedenen Ansichten - Möglichkeit einer Beschwer des Gegners)
3. Die Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung 146

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

In der Arbeit ist das Schrifttum bei seiner erstmaligen Anführung vollständig, später aber nur noch mit dem Nachnamen des Verfassers, (gegebenenfalls) mit der Fundstelle und (falls zur eindeutigen Kennzeichnung erforderlich) mit einer Kurzbezeichnung zitiert. Grundsätzlich ist nach Band und Seite zitiert, bei Kommentaren dann nach Artikel oder Paragraph und Randnummer oder Anmerkung, wenn dies zweckmäßiger erschien. Schrifttum und Rechtsprechung sind bis Ende Juni 1961 berücksichtigt.

Anschütz, Gerhard:

Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11.8.1919, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. Berlin 1933.

Die Religionsfreiheit, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, herausg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 1.Bd. Tübingen 1930, 2.Bd. Tübingen 1932, II, 675 ff.

Apelt, Willibalt:

Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 51, 353 ff.

Verfassung und richterliches Prüfungsrecht, JZ 54, 401 ff.

Arndt, Adolf:

Das rechtliche Gehör, NJW 59, 6 ff.

Strafgewalt der Finanzämter? NJW 59, 605 ff.

Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 59, 1297 ff.

Umwelt und Recht, NJW 60, 1191 ff.

Ascher, Walther:

Die Beschwer des Rechtsmittelklägers als Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, MDR 53, 584.

Bachof, Otto:

Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 49 Sp. 377 ff.

Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951.

Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Referat, gehalten auf der Weinheimer Tagung 1951 der deutschen Zivilprozeßrechtslehrer, ZZP 65(1952), 1 ff.

Bachof, Otto:

Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 12, 37 ff.

Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, herausg. von Otto Bachof, Martin Draht, Otto Gönnenwein, Ernst Walz, München 1955, 287 ff.

Buchbesprechung, FamRZ 56, 398 f.

Anmerkung zu BVerfGE 6, 55, JZ 57, 272 ff.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 57, 334 ff.

Anmerkung zu BVerwG JZ 58, 285, JZ 58, 288.

Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausg. von Franz L. Neumann (später Karl August Bettermann), Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Bd. II Berlin 1954, Bd. III 1. Halbband Berlin 1958, Bd. III 2. Halbband Berlin 1959, Bd. IV 1. Halbband Berlin 1960, (GR) III 1, 155 ff.

Grundgesetz und Richtermacht, Tübinger Universitätsreden Nr. 6, Tübingen 1959.

Baring, Martin:

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge, (JöR) 9, 93 ff.

Baumbach, Adolf:

Zivilprozeßordnung, 25. Aufl. München und Berlin 1958, bearbeitet von Wolfgang Lauterbach.

Baur, Fritz:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), 393 ff.

Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, Tübingen 1954.

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955.

Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 55, 507.

Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, 1 ff.

Anmerkung zu BVerfGE 7, 53, JZ 57, 543.

Baur, Fritz:
Anmerkung zu BVerfGE 8, 253, JZ 59, 60.

Beitzke, Günther:
Anmerkung zu KG FamRZ 60, 503, FamRZ 60, 506 f.

Bergold, Fr.:
Verleger ohne Rechte, NJW 54, 988 f.

Bernhardt, Wolfgang:
Der Rechtscharakter des Deutschen Patentamts, NJW 58, 1851.

Das Patentamt - eine Verwaltungsbehörde, NJW 59, 2043.

Bettermann, Karl August:
Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, 17 ff.

Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: GR III 2, 523 ff.

Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: GR III 2, 779 ff.

Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung? DÖV 59, 761 ff.

Bogs, Walter:
Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Grundgesetz, in: JöR 9, 151 ff.

Bonner Kommentar:
Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar) von H. J. Abraham und anderen, Hamburg 1950. Verwertet sind Beiträge von Heinrich Herrfahrdt, Hans Holtkotten, Kurt Georg Wernicke.

Bötticher, Eduard:
Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZP 51 (1926), 201 ff.

Bubenzer, Fritz:
Das Recht des Steuerpflichtigen auf Akteneinsicht und Gehör, Köln 1953.

Bühler, Ottmar:
Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.

Bülow, Oskar:
Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechts, ZZP 27(1900), 201 ff.

Calamandrei, Piero:
Lob der Richter, München 1956.

Coing, Helmut:
Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947.

Couture, Eduardo J.:
Der verfassungsmäßige Schutz des Prozesses, ZZP 67(1954), 128 ff.

Dahs, Hans:
Rechtsgespräch im Strafverfahren? NJW 61, 1244 ff.

Degenkolb, Heinrich:
Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905.

Dernedde (oV):
Anmerkung zu BVerwGE 1, 4, DVBl 54, 20 ff.

Dietze, Gottfried:
Über Formulierung der Menschenrechte, Berlin 1956.

Drucker (oV):
Anmerkung zu BayObLG JW 26, 1239, ebenda.

Dürig, Günter:
Anmerkung zu BGH NJW 53, 1298, NJW 53, 1467.

Freizügigkeit, in: GR II, 507 ff.

Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79(1954), 57 ff.

Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81(1956), 117 ff.

Anmerkung zu BVerfGE 6, 32, JZ 57, 169 ff.

Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt, Berlin und München 1958, 13 ff.

Anmerkung zu BSG AP Nr 2 zu Art. 103 GG.

Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig, Lieferung 1 bis 5 München und Berlin 1961.

Düringer (oV):
Grundrechte und Grundpflichten, JW 19, 701.

Echterhölter, Rudolf:
Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 55, 689 ff.

Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 56, 142 ff.

Eichenberger, Kurt:
Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.

Enneccerus, Ludwig:
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey.

Eyermann, Erich:
und Ludwig Fröhler, unter Mitarbeit von Max Hofmann: Verwaltungsgerichtsgesetz, 2. unveränderte Aufl. München und Berlin 1954.

und Ludwig Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München und Berlin 1960.

Faller, Hans:
Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf Grund des § 91 a BVerfGG, JZ 59, 663 ff.

Firsching, Karl:
Probleme des Verfahrensrechts auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsprechung des Jahres 1954, NJW 55, 613 f.

Fleiner, Fritz:
Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. neubearbeitete Aufl. 1928 (Neudruck Zürich 1939).

Forsthoff, Ernst:
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, 8. neubearbeitete Aufl. München und Berlin 1961.

Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, herausg. von Hans Barion, Ernst Forsthoff, Werner Weber, Berlin 1959, 35 ff.

Friesenhahn, Ernst:
Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift für Richard Thoma Tübingen 1950, 21 ff.

Fuß, Ernst-Werner:
Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger? DVBl 58, 739 ff.

Gallas, Wilhelm:
Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 60, 649 ff. und 686 ff.

Geller, Gregor:
und Kurt Kleinrahm: Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Göttingen 1950.

Geiger, Willi:
Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952.

Grundrechte und Rechtsprechung, München 1959.

Giese, Friedrich:
Die Grundrechte, Tübingen 1905.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. Frankfurt 1955.

Göbel, Kurt:
Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1953.

Goldschmidt, James:
Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.

Graf, Hans:
Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Erkenntnisverfahren des deutschen Zivilprozesses der Vergangenheit und Gegenwart, (ungedruckte) Diss. iur. München 1950.

Groh, Wilhelm:
Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 51(1926), 145 ff.

Grunau (oV):
Anmerkung zu OLG Hamm DNotZ 50, 210, DNotZ 50, 213.

Guradze, Heinz:
Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden? DÖV 60, 286 ff.

Anmerkung zu BVerfG NJW 60, 1243, ebenda.

Verfassungsbeschwerde und Verletzung der Menschenrechtskonvention, DÖV 61, 12.

Habscheid, Walther J.:
Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67(1954), 188 ff.

Grundfragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfl 57, 164 ff.

Habscheid, Walther J.:
Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 58, 361 ff.

Hamann, Andreas:
Anmerkung zu VGH Kassel NJW 56, 1940, ebenda.

Rechtliches Gehör, AnwBl 58, 141 ff.

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl. Neuwied, Berlin 1961.

Hartung, Fritz:
Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 2. Aufl. Göttingen, Frankfurt, Berlin 1954.

Haueisen, Fritz:
Der Verfahrensmangel als Revisionsgrund im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 55, 1857 ff.

Heinzmann, Rolf:
Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, (ungedruckte) Diss. iur. Tübingen 1958.

Heiss, Wilhelm:
Rechtliches Gehör - auch bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung, NJW 61, 1094 ff.

Hellwig, Konrad:
Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil Leipzig 1912.

Henkel, Heinrich:
Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953.

Herminghausen (oV):
Zur Anhörung des Beschwerdegegners im landwirtschaftsgerichtlichen Verfahren, RdL 55, 209 f.

Herzog, Roman:
Nochmals: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen der Menschenrechtskonvention? DÖV 60, 775 ff.

Hesse, Konrad:
Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956.

Hill (oV):
Amtsermittlungspflicht und rechtliches Gehör in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, MDR 59, 818.

Hoegner, Wilhelm:
Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, München 1949.

Hohenester, Hermann:
Das rechtliche Gehör vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRiZ 59, 213 f.

Huber, Ernst Rudolf:
Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR 23(1933), 1 ff.

Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl. Tübingen 1953.

Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht II, DÖV 56, 135 ff.

Huber, Hans:
Soziale Verfassungsrechte? in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe der juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 149 ff.

Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte und die schweizerische Rechtsprechung, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung, herausg. von Hermann Wandersleb, bearbeitet von Erich Traumann, 1. Bd. 1949, 2. Bd. 1950, je Stuttgart und Köln, 3. Bd. 1951, 4. Bd. 1953, je Düsseldorf (R-St-W), IV, 120 ff.

Die Verfassungsbeschwerde, Vergleichende und kritische Betrachtungen, Karlsruhe 1954.

Jagusch, Heinrich:
Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 59, 265 ff.

Jansen, Paul:
Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Handkommentar, Berlin 1959.

Jellinek, Georg:
Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 2. Aufl. Leipzig 1904.

System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905.

Jellinek, Walter:
Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (Neudruck) Offenburg 1948.

Keidel, Fritz:
Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. München und Berlin 1959, fortgeführt von Theodor Keidel.

Keller, Robert v.:
Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter, Heidelberg 1933.

Kern, Eduard:
Der gesetzliche Richter, Berlin 1927.

Die Rechtspflege, Grundsätzliches und Übersicht, in: HDStR II, 475 ff.

Zum Begriff des Richters und des Gerichts, DRiZ 52, 125 ff.

Zur Frage der akademischen Disziplinargerichte, Zugleich ein Beitrag zum Begriff des Gerichts, DÖV 54, 675 f.

Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. München und Berlin 1959.

Strafverfahrensrecht, 6. Aufl. München und Berlin 1960.

Klein, Friedrich:
Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL 8, 77 ff.

Vgl. auch bei v. Mangoldt.

Kleinknecht, Theodor:
und Hermann Müller: Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. neubearbeitete und erweiterte Aufl. Darmstadt 1958.

Kleinrahm, Kurt:
Vgl. bei Geller.

Klinger, Hans:
Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen 1960.

Kniestedt, Klaus:
Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 I GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91 a BVerfGG verworfen werden? NJW 59, 2052. Nochmals (zum gleichen Thema) NJW 60, 853.

Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 60, 197 f.

Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei (Schlußwort), MDR 61, 25.

Zur Auslegung der §§ 91 a III, 24 S 2 BVerfGG, NJW 61, 60 f.

Knoll, Ernst:
Die besonderen Gerichte, DÖV 54, 232 ff. und 263 ff.

Koehler, Alexander:
Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1960.

König, Hans-Günther:
Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl 59, 189 ff.

Kratzer, Jakob:
Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, 107 ff.

Krüger, Herbert:
Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl 50, 625 ff.

Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 55, 201 ff.

Lassally, Oswald:
Schranken der Grundrechte, MDR 53, 76 f.

Laufke, Franz:
Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Bd. I, Berlin, Tübingen und Frankfurt 1956, 145 ff.

Lechner, Hans:
Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954 (mit Ergänzungsband München und Berlin 1957).

Vgl. auch bei Wintrich.

Lehmann, Heinrich:
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl. Berlin 1960.

Leise, Horst:
Anmerkung zu OLG Frankfurt NJW 60, 736, ebenda.

Lent, Friedrich:
Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. München und Berlin 1958.

Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. München und Berlin 1959.

Lerche, Peter:
Grundrechte der Soldaten, in: GR IV 1, 447 ff.

Lesser, Felix:
Anspruch auf rechtliches Gehör, DRiZ 60,420 ff.

Löw, Konrad:
Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage? DÖV 58,516.

Zum Verhältnis der Begriffe "Grundrecht" und "verfassungsmäßiges Recht" nach der bayerischen Verfassung, BayVBl 58,360.

Löwe, Ernst:
Das rechtliche Gehör, (ungedruckte) Diss iur. Hamburg 1957.

Mangoldt, Hermann v.:
Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953.

Das Bonner Grundgesetz 2.Aufl. Bd.I 1957, Bd.II (Lieferung 3 und 4) 1959/1961, je Berlin und Frankfurt, bearbeitet von Friedrich Klein.

Mattern, Karl-Heinz:
Petitionsrecht, in: GR II,623 ff.

Maunz, Theodor:
Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, 141 ff.

Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung? DÖV 59,844.

Deutsches Staatsrecht, 10.Aufl. München und Berlin 1961.

und Günter Dürig: Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1 bis 5 München und Berlin 1961.

Mayer, Hellmuth:
Klagerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip, JZ 55,601 ff.

Menger, Christian-Friedrich:
Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 51(1960),64 ff.

Menzel, Walter:
Grundgesetz und Verfassungswirklichkeit, DVBl 59,346 ff.

Müller, Hanswerner:
Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 53,1659.

Müller, Hanswerner:
Anhörung der Verfahrensbeteiligten bei Vorlage einer Rechtsfrage, NJW 57, 1016 f.

Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 60, 21. Nochmals (zum gleichen Thema) NJW 60, 710.

Müller, Hermann:
Vgl. bei Kleinknecht.

Münch, Fritz:
Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 61, 153 ff.

Münzel, Karl:
Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66 (1953), 334 ff.

Nawiasky, Hans:
und Claus Leusser: Die Verfassung des Freistaates Bayern, München und Berlin 1948.

Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Köln und Stuttgart 1950.

Nicolini, K.:
Die Beschwer des Rechtsmittelklägers, NJW 55, 615 f.

Nipperdey, Hans Carl:
Die Würde des Menschen, in: GR II, 1 ff.

Parsch, Leo:
Anmerkung zu BVerfGE 9, 89, MDR 59, 365.

Anmerkung zu OLG Stuttgart NJW 59, 2080, NJW 60, 63

Peters (oV):
Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 52, 137 ff.

Peters, Karl:
Strafprozeß, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952.

Anmerkung zu OLG Braunschweig JZ 53, 640, JZ 53, 641.

Anmerkung zu BVerfGE 7, 275, JZ 58, 435.

Pfeiffer, Gerd:
Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959.

Potrykus, Gerhard:
Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1953.

Anmerkung zu BGH NJW 53, 1587, NJW 53, 1746.

Prager, Franz:
Das beiderseitige Gehör im Zivilprozeß, AcP 133(1931), 143 ff.

Radbruch, Gustav:
Der Mensch im Recht, Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1957.

Rahn, D.:
Besteht eine Mitteilungspflicht gemäß § 308 StPO auch in den Fällen der Außervollzugsetzung einer Entscheidung gemäß § 307 II StPO? NJW 59, 1167.

Redeker, Konrad:
und Hans-Joachim v. Oertzen: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Münster 1960.

Reuß, Hermann:
Anmerkung zu BVerwGE 1, 4, JR 53, 470 f.

Röhl, Hellmut:
Das rechtliche Gehör, NJW 53, 1531 ff.

Die Anhörung des Beschwerdegegners im Strafprozeß, MDR 55, 522 ff.

Zwischenbilanz der Verfassungsbeschwerde, JZ 57, 105 ff.

Das rechtliche Gehör, NJW 58, 1268 ff.

Anmerkung zu BayVerfGH NJW 59, 285, ebenda.

Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 I GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91 a BVerfGG verworfen werden? NJW 59, 2052.

Zur Auslegung der §§ 91 a III, 24 S 2 BVerfGG, NJW 61, 61 f.

Roemer, Walter:
Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, herausg. von Ernst v. Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, Bd. I Karlsruhe 1960, 545 ff.

Rosenberg, Leo:
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. München und Berlin 1960.

Sax, Walter:
Grundsätze der Strafrechtspflege, in: GR III 2, 909 ff.

Schätzler, J.-G.:
Anmerkung zu BVerfGE 6, 12, NJW 57, 947.

Scheuner, Ulrich:
Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: R-St-W IV (1953), 88 ff.

Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DÖV 56, 65 ff.

Schlegelberger, Franz:
Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. Köln, Berlin 1956.

Schmidt, Eberhard:
Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I 1952, Teil II 1957, je Göttingen.

Schmidt, H.W.:
Die Anhörung des Verurteilten bei bedingter Entlassung nach § 26 StGB, MDR 61, 195 f.

Schmitt, Carl:
Inhalt und Bedeutung des 2. Hauptteils der Reichtsverfassung, in: HDStR II, 572 ff.

Verfassungslehre, 3. Aufl. Berlin 1928 (unveränderter Neudruck 1957).

Scholtissek, Herbert:
Innere Grenzen der Freiheitsrechte, NJW 52, 561 ff.

Schönke, Adolf:
Rechtliches Gehör im schiedsrichterlichen Verfahren, BB 51, 932 f.

Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1956, neubearbeitet von Horst Schröder und Werner Niese.

Schultz, Günther:
Blick in die Zeit, MDR 57, 336 und MDR 59, 174.

Schütz, Hans:
Das rechtliche Gehör bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung, NJW 61, 582 ff.

Schwoerer, J.:
Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB nF), FamRZ 58, 433 ff.

Siegert, Karl:
Allgemein anerkannte und regionale Grundsätze im Zivilprozeßrecht, AcP 155 (1956), 28 ff.

Spitzbarth, Reimar:
Die Rechtsstellung des Nebenklägers im Strafbefehlsverfahren, NJW 53, 1904 f.

Spreng, Rudolf:
und Willi Birn und Paul Feuchte: Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart und Köln 1954.

Stein, Friedrich:
und Martin Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. Tübingen 1953, bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle.

Stier-Somlo, Fritz:
Grund- und Freiheitsrechte im einzelnen, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, 3. Bd. Berlin und Leipzig 1928, 50 ff.

Süsterhenn, Adolf:
Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, DVBl 55, 753 ff.

Thoma, Richard:
Grundrechte und Polizeigewalt, in: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, 183 ff.

Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, herausg. von Hans Carl Nipperdey, 1. Bd. 1929, 2. und 3. Bd. 1930, je Berlin, I, 1 ff.

Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze, in: HDStR II, 108 ff.

Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: HDStR II, 607 ff.

Thoma, Richard:
Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: R-St-W III, 9.

Tillmann, Wolfgang:
Nochmals: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 60, 640 f.

Turegg, Egon v.:
Gerichte, NJW 53, 1201 ff.

Uber, Giesbert:
Freiheit des Berufs, Hamburg 1952.

Ule, Carl Hermann:
Anmerkung zu BVerwG JZ 58, 625, JZ 58, 628.

Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl 59, 537 ff.

Verwaltungsprozeßrecht, München und Berlin 1960.

Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: M. v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I 2. Halbband, Köln, Berlin 1960.

Ulrich, Erwin:
Nochmals: Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 60, 709.

Vogels, Alois:
Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart und Köln 1951.

Wach, Adolf:
Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, 1. Bd. Leipzig 1885.

Wersdörfer (oV):
Anwendung des § 308 I StPO im Haftbefehlsverfahren? NJW 54, 377.

Wertenbruch, Wilhelm:
Grundgesetz und Menschenwürde, Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit, Köln und Berlin 1958.

Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 I GG, DVBl 58, 481 ff.

Wieczorek, Bernhard:
Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, Bd. III Berlin 1957.

Winterfeld, Achim v.:
Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, Versuch einer Analyse, NJW 61, 849 ff.

Wintrich, Josef M.:
Zur Problematik der Grundrechte, Heft 71 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, Köln und Opladen 1957.

Wintrich, Josef M.:
Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl 57, 137 ff.

und Hans Lechner: Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: GR III 2, 643 ff.

Woesner, Horst:
Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, NJW 59, 866.

Wolff (oV):
Verwirken der Verfahrensrüge durch den Angeklagten, NJW 53, 1656 ff.

Wolff, Bernhard:
Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1957 bis 1959, JöR 9, 69 ff.

Wolff, Hans-J.:
Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oberversicherungsämtern, MDR 51, 67 ff.

Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. München und Berlin 1959.

Zinn, Georg August:
Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, Tübingen 1950.

Zweigert, Konrad:
Die Verfassungsbeschwerde, JZ 52, 321 ff.

§ 1

Einleitung

I Die Aufnahme des Prozeßgrundsatzes vom rechtlichen Gehör in das deutsche Verfassungsrecht

Es ist ein alter Grundsatz des Prozeßrechts, daß der Richter rechtliches Gehör zu gewähren habe. Davon künden schon eine ganze Reihe von Rechtssprichwörtern [1], die ihn umschrieben haben. Dem römischen Recht [2] und dem deutschen Recht des Mittelalters [3] war er nicht unbekannt. Seine Geschichte ist hier nicht im einzelnen zu verfolgen; eins kann jedoch festgestellt werden: obwohl der Grundsatz bis heute zu den wichtigsten Prozeßmaximen gehört [4], wurde er in der Vergangenheit doch nie in umfassender Weise zum positiven, geltenden Recht erhoben. Man begnügte sich damit, einzelne seiner Folgerungen in den besonderen Verfahrensordnungen zu regeln [5]. Besonderes Gewicht wurde dabei auf Ausschnitte aus dem Grundsatz oder auf Verfahren gelegt, die besonders

---

1 Sie brauchen hier nicht im einzelnen angeführt werden; vgl die Aufzählungen bei Löwe, Das rechtliche Gehör, (ungedruckte) Diss. iur. Hamburg 1957, 1 f. mwN; Prager, Das beiderseitige Gehör im Zivilprozeß, AcP 133(1931), 143 ff.

2 Prager aaO zitiert bereits D. 48, 17, 1, wo die Bestrafung in Abwesenheit des Beschuldigten verboten wird.

3 ZB erwähnt v. Keller, Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter, Heidelberg 1933, 200, Urkunden aus den Jahren 1188, 1222, 1302 und 1315, die sich mit dem Recht des Angeklagten auf Gehör befassen.

4 Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 25. Aufl. München und Berlin 1958, Grundz 4 vor § 128, spricht von einem "Eckpfeiler des gesamten Zivilprozeßrechts und jeden geordneten Verfahrens", Ule, Verwaltungsprozeßrecht, München und Berlin 1960, 78, von der "Magna Charta des gerichtlichen Verfahrens".

5 So noch die ZPO; Beispiele bei Prager aaO 145-149 und Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153(1954), 393 ff. (403); auch die StPO; Beispiele bei Jagusch, Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 59, 265 ff. (266); weitere Beispiele aus verschiedenen Verfahrensordnungen bei Hanswerner Müller, Anhörung der Verfahrensbeteiligten bei Vorlage einer Rechtsfrage, NJW 57, 1016; Haueisen, Der Verfahrensmangel als Revisionsgrund im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 55, 1857 ff. (1860); Röhl, Das rechtliche Gehör, NJW 53, 1531 ff. (1532); für das Steuerrecht: Bubenzer, Das Recht des Steuerpflichtigen auf Akteneinsicht und Gehör, Köln 1953, 32 ff. Eine allge-

häufig Anlaß zu seiner Außerachtlassung gegeben hatten [6]. Und genau derselbe Grundgedanke war es, der zur Aufnahme des gesamten Grundsatzes in die bayerische Verfassung vom 2. 12. 1946 (Art. 91I), in den Herrenchiemsee-Entwurf [7] (Art. 135 I) und schließlich in das Grundgesetz (Art. 103 I) führte [8]. Denn soeben war eine Zeit überwunden, in der das rechtliche Gehör auf's ärgste mißachtet worden war [9], obwohl der damalige Reichsrechtsführer in diesem Zusammenhang von einem der "fundamentalsten" Grundsätze gesprochen hatte, "gegen den in keiner Weise verstoßen werden darf" [10]. Nach diesen Erfahrungen hielt der Verfassungsgeber es "für geboten, den in einem Rechtsstaat an sich selbstverständlichen Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht ... verfassungsrechtlich zu schützen..." [11]. Die Normierung war also die Reaktion auf die vorangegangene Häufung von Verletzungen des Grundsatzes, ein geradezu typischer Entstehungsgrund verfassungsrechtlicher Schutzbestimmungen [12]. Man entsprach den Lehren von Kant ("Das Gesetz muß auch für ein Volk von Teufeln passen.") und Macchiavelli ("... daß niemand einer Republik Verfassung oder Gesetz geben kann, wenn er nicht die Menschen als böse voraussetzt.") sowie dem Rechtssprichwort ("Schlechte Sitten machen gut Gesetz.") [13].

II Die bisherige Behandlung des Art. 103 I GG in Schrifttum und Rechtsprechung

1. Das Schrifttum

Vor der Entstehung des GG gab es, soweit ersichtlich, eigentlich nur eine dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs gewidmete Abhandlung im neueren deut-

---

meine Vorschrift über das rechtliche Gehör enthält das SGG in § 62; aber dieses ist erst 1953, also nach dem GG, in Kraft getreten.

6 Vgl. die §§ 579 III 1, 1041 I Nr 4 ZPO.

7 Vgl. den Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München oJ (1948).

8 Über andere mögliche Vorbilder des Art. 103 I GG s. unten § 5 III 1.

9 Über einen Fall solcher Mißachtung berichtet Schultz, Blick in die Zeit, MDR 59, 174.

10 Vgl dazu PrOVGE 103, 85 (90), wo sich das Gericht auf diese Äußerung beruft, um seine mutige Entscheidung zu stützen.

11 JöR 1, 741.

12 Berühmt geworden ist als Beispiel hierfür der Kampf des Roger Williams für die Religionsfreiheit; vgl G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 2. Aufl. Leipzig 1904, 39 f. und 42; Dietze, Über Formulierung der Menschenrechte, Berlin 1956, 18 f.

13 Beide Zitate und das Sprichwort bei Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, 12.

schen Schrifttum, nämlich diejenige von Prager[14]. In den ersten Jahren nach 1949 rief der neue Art. 103 I GG kein Echo hervor[15]. Ein Umschwung, wohl hervorgerufen durch die einsetzende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ist jedoch seit den Jahren 1952/53 eingetreten[16]. Angesichts der Neuartigkeit der Verfassungsbestimmung ist es nicht verwunderlich, daß die verschiedensten Ansichten darüber entstanden sind, welche Bedeutung dem Art. 103 I GG, besonders im Vergleich zu dem bisherigen Grundsatz des rechtlichen Gehörs, zukommt. Während zB einerseits Art. 103 I GG lediglich als programmatische Erklärung angesehen wurde, die nicht unmittelbar für das Verfahrensrecht gelte[17], wurde er vielfach als Grundrecht verstanden[18]. Glaubte man einerseits, daß sachlich keine Verstärkung des Schutzes des rechtlichen Gehörs über den Rahmen des Prozeßrechts hinaus eingetreten sei[19], so meinte man andererseits, das Vorhandensein der grundgesetzlichen Norm mache eine Beachtung des einschlägigen Prozeßrechts überflüssig[20]. Beschränkte man teils den Anwendungsbereich der Norm auf richterliche Rechtsprechungstätigkeit in einem materiellen Sinn[21], so trat man demgegenüber sogar für ihre analoge Anwendung im

---

14 S. oben Anm 1.

15 Dies gilt auch für die Schrift von Graf, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Erkenntnisverfahren des deutschen Zivilprozesses der Vergangenheit und Gegenwart, (ungedruckte) Diss. iur. München 1950.

16 Hervorzuheben sind (in zeitlicher Reihenfolge) die Aufsätze von Peters, Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 52, 137 ff; Röhl NJW 53, 1531 ff; Hanswerner Müller, Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 53, 1659; dann die Abhandlung von Baur AcP 153, 393 ff; aus der späteren Zeit neben der stark anschwellenden Zahl der Aufsätze vor allem die sehr umfangreiche Dissertation von Löwe (s. oben Anm 1) und Dürig's 1960 erschienene Bearbeitung des Art. 103 I GG im Grundgesetz-Kommentar von Maunz-Dürig (zitiert: MD). Überraschen muß die Tatsache, daß Art. 103 I GG in Bd. III 2. Halbband, Berlin 1959, des von Bettermann, Nipperdey und Scheuner herausgegebenen Handbuchs der Theorie und Praxis der Grundrechte (zitiert: GR III 2) nicht berücksichtigt worden ist, obwohl dieser Halbband dem Schutze der Grundrechte in der Rechtsprechung gewidmet ist und eingehende Auslegungen insbesondere der Art. 19 IV, 97, 101, 103 II und III GG enthält.

17 Peters MDR 52, 139.

18 Nachweise unten § 5 III 4.

19 Peters, Anmerkung zu BVerfGE 7, 275, JZ 58, 435, wo aber dazu hin den gehörgewährenden Vorschriften der Prozeßordnungen Verfassungsrang zugesprochen wird; vgl. auch die Rechtsprechung des BayVerfGH (Nachweise unten § 4 II 3 c aa).

20 BSG AP Nr 2 zu Art. 103 I GG mit insoweit ablehnender Anmerkung von Dürig ebenda.

21 Nachweise unten § 8 I 1.

verwaltungsbehördlichen Verfahren ein[22]. Wollte man einerseits das Gehör überhaupt nicht auf Rechtsfragen beziehen[23], so forderte man andererseits sogar ein Rechtsgespräch des Richters mit den Beteiligten[24]. Inzwischen haben sich die Wogen etwas geglättet.

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Dies ist vor allem auch der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verdanken, dessen erste zu Art. 103 I GG veröffentlichte Entscheidung am 13.6.1952 erging[25]. Anläßlich einer großen Zahl die Verletzung dieser Vorschrift rügender Verfassungsbeschwerden[26] konnte das Gericht bereits zu vielen Einzelfragen Stellung nehmen. Die Bedeutung der Norm in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich darin, daß unter den Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen[27] die auf Art. 103 I GG gestützten am häufigsten erfolgreich waren[28]. Wie ernst das Gericht das Gebot des Art. 103 I GG nimmt, zeigt eine neuere Entscheidung[29], die der Verfassungsbeschwerde in einem Fall stattgab, wo es dem Werte nach nur um einen Betrag von drei Mark ging.

Mit Recht wird hervorgehoben, daß die auf Art. 103 I GG gestützten Verfassungsbeschwerden das Gericht zwingen, zu Einzelfragen des Prozeßrechts Stellung zu nehmen, wobei meist bemerkt wird, daß dies nicht zu den Aufgaben eines Verfassungsgerichts gehöre[30]. Vereinzelt wird sogar behauptet, die Rechtsprechung zu Art. 103 I GG falle schon deshalb aus dem Rahmen der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, weil man diese Norm nicht einmal zum

---

22 VGH Kassel NJW 56, 1940 mit zustimmender Anmerkung von Hamann ebenda.

23 So eine verbreitete Lehre; Nachweise bei MD Art. 103 Rn 33 Anm 2 und Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl. Neuwied, Berlin 1961, 420 f.

24 Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 59, 6 ff (8); präzisierend derselbe, Umwelt und Recht, NJW 60, 1191 ff (1193).

25 BVerfGE 1, 332 ff.

26 Nach Röhl, Zwischenbilanz der Verfassungsbeschwerde, JZ 57, 105 ff (106), waren es damals 28 % aller Verfassungsbeschwerden.

27 Nach Röhl aaO waren dies damals 76 % aller Verfassungsbeschwerden.

28 Nach Röhl, Das rechtliche Gehör, NJW 58, 1268 ff (1268 Anm 1).

29 BVerfGE 9, 261 ff.

30 MD Art. 103 Rn 27 Anm 1; Baur, Anmerkung zu BVerfGE 8, 253, JZ 59, 60; Röhl JZ 57, 106; Lechner in: Wintrich und Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: GR III 2, 643 ff (681); Schätzler, Anmerkung zu BVerfGE 6, 12, NJW 57, 947.

"materiellen Bereiche des Verfassungsrechts" rechnen könne [31]. Deshalb wurde vorgeschlagen oder wenigstens ernsthaft zur Diskussion gestellt, die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 103 I GG oder gar § 90 BVerfGG insgesamt zu beseitigen [32]. Gegen Mißbrauch dieser Einrichtung kann sich das Gericht aber selbst nach seiner Verfahrensordnung wehren (§§ 24, 91 a, 34 IV BVerfGG). Und grundsätzlich dürfte durch die in den letzten Jahren wegen Verletzung des Art. 103 I GG immer wieder erfolgreichen Verfassungsbeschwerden erwiesen sein, wie berechtigt und notwendig es war, dem Anspruch auf rechtliches Gehör den Schutz der Verfassungsbeschwerde zu verleihen [33].

Gerade an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 I GG [34] wird aber auch deutlich, daß - worauf Forsthoff [35] hingewiesen hat - wegen der vom einfachen Gesetz verschiedenen Struktur und Sprache der Verfassung deren Normen weniger rational und berechenbar sind als unter der Verfassung stehende Gesetze und daß die hier angewandte "geisteswissenschaftlich-werthierarchische Auslegungsmethode" zu einem Fall-Recht drängt. Auch Arndt [36] schreibt: "Was verfassungsrechtlich ... Rechtsgehör ist, läßt sich nicht von den jeweiligen Gegebenheiten losgelöst so abstrakt bestimmen...."

III Die Aufgabe der Arbeit

1. Der leitende Gedanke

In einer der neueren Entscheidungen [37] hat das Gericht festgestellt: "Die Auslegung des Art. 103 I GG, der das rechtliche Gehör gewährleistet, ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weitgehend geklärt; ..." Hält man sich diese zutreffende Feststellung vor Augen, überblickt man weiter die vorhandene Literatur, so mag man an der Berechtigung einer erneuten Beschäftigung mit Art. 103 I GG zweifeln. Deshalb kann es nicht der Sinn dieser Arbeit sein, die ausdiskutierten oder gar die befriedigend gelösten Probleme noch einmal aufzurühren. Die Aufgabe besteht vielmehr darin, Lücken auszufüllen,

---

31 Schultz, Blick in die Zeit, MDR 57, 336.

32 Röhl aaO; Lechner aaO; Schätzler aaO; am weitesten geht Schultz aaO.

33 Für die Beibehaltung der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 103 I GG auch Dürig, MD Art. 103 Rn 27.

34 Besonders an BVerfGE 9, 89 ff.

35 Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, 35 ff (51, 53, 55, 59); kritisch hierzu Dürig, MD Art. 20 Rn 73.

36 Arndt, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 59, 1297 ff (1298 f).

37 BVerfGE 9, 1(2).

nämlich einmal Fragen aufzuzeigen und vielleicht zu beantworten, die bisher noch nicht oder noch nicht genügend beachtet wurden, zum andern schon erörterte Probleme unter neuen Gesichtspunkten zu betrachten.

2. Ausklammerungen

Hiernach läßt sich der Kreis der zu behandelnden Fragen abgrenzen.

a) Gehör vor Verwaltungsbehörden

Arndt [38] unterscheidet das "rechtliche Gehör im weitesten Sinne", wozu auch das Recht auf Anhörung im Verwaltungsverfahren zählt, das "rechtliche Gehör im weiteren Sinne", das jedes verfahrensrechtlich geregelte Gehör im Gerichtsprozeß umfaßt sowie schließlich das "rechtliche Gehör vor Gericht im engeren Sinne des Verfassungsrechts". Da diese Arbeit grundsätzlich jedenfalls nicht über Art. 103 I GG hinausführen will und anderes Verfassungs- und Verfahrensrecht nur streift, soweit das notwendig ist, um Zusammenhänge aufzudecken oder nicht zu zerstören, wird sie sich auf das rechtliche Gehör im dritten, engeren Sinne beschränken. Das Gehör vor den Verwaltungsbehörden, auch verwaltungsmäßiges Gehör genannt, scheidet daher aus [39] [40].

b) Der Inhalt und die Rechtsträger des Art. 103 I GG

Von den speziellen Fragen des Art. 103 I GG sind bereits als gelöst oder wenigstens nach allen Seiten durchdacht anzusehen diejenigen nach der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts [41] und nach dem Kreis der Rechtsträger [42]. Ein

---

38 NJW 59, 1297.

39 v. Winterfeld, Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, NJW 61, 849 ff (852), will dagegen Art. 103 I GG unmittelbar auf Verwaltungsakte anwenden, die "in Vorverfahren gerichtlicher Verfahren ergehen". Für wenigstens analoge Anwendung treten Hamann, Kommentar 422 und Bay VerfGH VRspr 1, 10; 1, 135 (138 f), ein. Nach der überzeugenden Ansicht Dürig's, MD Art. 103 Rn 92, kommt eine analoge Anwendung nicht in Frage.

40 Zum verwaltungsmäßigen Gehör besonders (jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen) MD Art. 103 Rn 92 ff; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1961, 217; König, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl 59, 189 ff; Heinzmann, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, (ungedruckte) Diss. iur. Tübingen 1958; zahlreiche kürzere Stellungnahmen in den Referaten und Diskussionsbeiträgen zum Thema "Das Verwaltungsverfahren" in: VVDStRL Bd. 17.

41 Fast sämtliche Autoren befassen sich mit Fragen des Inhalts. Es soll daher nur auf die umfangreichste und im wesentlichen zutreffende Darstellung bei Löwe 109-252 verwiesen werden.

42 Hierzu vor allem Löwe 403-442; MD Art. 103 Rn 12-14 und 91; Baur AcP

Eingehen hierauf erscheint daher nicht mehr angebracht. Als Folge dieser Beschränkung ergibt sich: Der weitaus größte Teil der sehr umfangreichen Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör aus der Zeit vor und nach Entstehung des GG muß hier unberücksichtigt bleiben. Denn sowohl das Reichsoberhandelsgericht[43], das Preußische Oberverwaltungsgericht und das Reichsgericht als auch die oberen Bundesgerichte und Oberlandesgerichte hatten in ihrer veröffentlichten Rechtsprechung meist nur Gelegenheit, über die inhaltliche Bedeutung des rechtlichen Gehörs oder über den Kreis der zur Ausübung Berechtigten zu entscheiden. Dafür bestehen zwei Gründe: Vor 1949 bildeten einzig der Grundsatz und dessen spezialgesetzliche Ausformungen die Rechtsgrundlage für das rechtliche Gehör. Dabei konnten fast nur Inhaltsprobleme entstehen. Zweitens: Auch seit 1949 haben sich alle Gerichte außer den Verfassungsgerichten zunächst nur an ihre eigenen Prozeßordnungen zu halten, bevor sie zu einer Heranziehung und Auslegung des Verfassungsrechts schreiten dürfen[44]. Dadurch bleibt der vor dem GG bestehende Zustand bis zu einem gewissen Grade aufrechterhalten. Gerade dieser umfangreichen Rechtsprechung ist es mit zu verdanken, daß über Inhaltsfragen heute weitgehend Klarheit herrscht und Einigkeit besteht[45].

c) Die Folgen der Verletzung des Art. 103 I GG

Endlich werden in der folgenden Untersuchung alle die Fragen ausgeklammert, die sich nach einer Verletzung des Art. 103 I GG stellen. Denn mit ihrer Einbeziehung würde bereits die eigentliche Auslegung der Verfassungsrechtsnorm verlassen. Zu diesem Problemkreis zählen besonders die mit der Geltendmachung des Rechts durch die Verfassungsbeschwerde zusammenhängenden Fragen, unter anderem die vielerörterte Möglichkeit der zwischenzeitlichen Heilung der Verletzung[46], das Erfordernis, daß die angefochtene Entscheidung auf der Ver-

---

153, 395; Randprobleme behandeln Spitzbarth, Die Rechtsstellung des Nebenklägers im Strafbefehlsverfahren, NJW 53, 1904 f; Bergold, Verleger ohne Rechte, NJW 54, 988 f; Röhl NJW 53, 1531 (die Stellung des Eigentümers im Einziehungsverfahren nach § 40 StGB betreffend; dazu auch BGH MDR 53, 373 und BayObLGSt 5(1955), 140 f).

43 Dieses nahm schon in einem Urteil vom 27. 9. 1871, ROHGE 3, 167(170), zum rechtlichen Gehör Stellung.

44 Dazu unten § 4 II 3 c dd.

45 vgl. auch die Übersichten bei B. Wolff, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1957 bis 1959, JöR 9, 69 ff (85 f); Baring, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz, JöR 9, 93 ff (142 ff); Bogs, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Grundgesetz, JöR 9, 151 ff (174).

46 Vgl BVerfGE 5, 9(10); 5, 22(24); 8, 184(185); BayVerfGHE 10, 1(3); 12, 127 (129); MD Art. 103 Rn 83; Röhl NJW 58, 1269; v. Winterfeld NJW 61, 851;

letzung beruhen müsse, um aufgehoben zu werden[47], die Frage, was mit den materiell-rechtlichen Wirkungen geschieht, die die aufzuhebende Entscheidung inzwischen gehabt haben kann[48], die Frage, wann nach § 91 a BVerfGG trotz offensichtlicher Verletzung des Art. 103 I GG die Verfassungsbeschwerde verworfen werden kann[49], ferner aber auch das Problem, ob entgegen § 310 II StPO bei Verletzung des Art. 103 I GG aus prozeßökonomischen Gründen statt der Verfassungsbeschwerde einfach eine weitere Rechtsmittelinstanz eröffnet sei[50].

3. Die verbleibenden Fragenkreise und der Aufbau der Arbeit

Nach Abtrennung dieser Gebiete ergibt sich nun folgende Übersicht über den Gang der Untersuchungen: In einem ersten Teil soll zunächst der Gegenstand des Art. 103 I GG geklärt werden. Dies ist nach einer Richtung hin notwendig; es muß nämlich der bisher unterschiedlich beantworteten Frage nachgegangen werden, ob auch der Justizgewährungsanspruch unter Art. 103 I GG fällt. Dabei ist das Verhältnis der Ansprüche auf Justizgewährung und auf rechtliches Gehör zueinander zu prüfen. Ebenfalls in diesen vorbereitenden Teil - das Wort "grundlegend" soll besser vermieden werden - gehört die Frage nach dem Ursprung, Sinn und Zweck des von Art. 103 I GG gewährten rechtlichen Gehörs, ohne deren Beantwortung der Verfassungsrechtssatz nicht ausgelegt werden kann.

Im zweiten Teil, der die Bedeutung des Art. 103 I GG im Verfassungsrecht behandelt, interessiert zunächst das in dieser Norm verwirklichte Statusverhältnis; das setzt wenigstens knappe Ausführungen über das subjektive öffentliche Recht in Art. 103 I GG überhaupt voraus. Ist die Statuszugehörigkeit geklärt, dann kann die davon nicht unabhängige Frage der Vollziehbarkeit der Norm in Angriff genommen werden. Vor allem kann erst dann geprüft werden, ob Art. 103 I GG ein Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts enthält. Ist einmal die Grundrechtseigenschaft festgestellt, dann müssen deren Auswirkungen auf

---

Hamann, Rechtliches Gehör, AnwBl 58, 141 ff (148).

47 Vgl BVerfGE 7, 95(99); 7, 239(241); 8, 253(256); BGHZ 27, 163(169); MD Art. 103 Rn 15; v. Winterfeld NJW 61, 853; Schönke, Rechtliches Gehör im schiedsrichterlichen Verfahren, BB 51, 932 f. Röhl NJW 58, 1269 fordert die Anerkennung jeder Verletzung des Art. 103 I GG als wesentlichen Verfahrensmangel; ebenfalls von der hM abweichend: Löwe 491 ff; OLG Hamburg HEZ 2, 282.

48 Vgl Baur AcP 153, 411.

49 Vgl BVerfGE 9, 120 ff.

50 Vgl BVerfGE 1, 433(437); BayObLG MDR 60, 407; je mit weiteren Nachweisen aus der uneinheitlichen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte: MD Art. 103 Rn 89; Hamann, Kommentar 421; Röhl, Die Anhörung des Beschwerdegegners im Strafprozeß, MDR 55, 522 ff (523); Peters, Anmerkung zu OLG Braunschweig JZ 53, 640, JZ 53, 641.

allgemeine Bestimmungen über Grundrechte im GG und in den Landesverfassungen geschildert werden. In einem Anhang zu diesem rein verfassungsrechtlichen Teil kann zur Abrundung die Grundrechtsbestimmung des Art. 103 I GG in ihrer übrigen Bedeutung - also abgesehen von der Gewährung eines subjektiven öffentlichen Rechts - beschrieben und schließlich das Verhältnis von Art. 103 I GG zu dem ihm ähnlichen Art. 6 der europäischen Menschenrechtskonvention ermittelt werden.

Im dritten Teil soll der Geltungsbereich des Art. 103 I GG untersucht werden. Hier werden Verfassungs- und Verfahrensrecht sich oft berühren, denn es geht um die Bedeutung des Verfassungsrechtssatzes im Verfahrensrecht. Das Hauptgewicht liegt in diesem Teil auf der Klärung des Gerichtsbegriffs im Sinne des Art. 103 I GG und der Feststellung der Merkmale, bei deren Vorliegen die als Gericht qualifizierte Stelle nach Art. 103 I GG rechtliches Gehör zu gewähren hat. Zum Abschluß dieses letzten Teiles folgen endlich einige Beispiele zur Verdeutlichung des Geltungsbereichs, deren besondere Behandlung sich daraus rechtfertigt, daß es um vielerörterte und noch nicht befriedigend gelöste Zweifelsfragen geht.

Erster Teil

Gegenstand, Ursprung und Sinn des durch Art. 103 I GG gewährten rechtlichen Gehörs

§ 2

Der Gegenstand des Art. 103 I GG

I Die Lehre Baur's

1. Die Fragestellung

In Art. 103 I GG wird "vor Gericht... rechtliches Gehör" gewährt. Was damit gemeint ist, was also der Gegenstand des Rechtes ist, scheint, wenigstens in groben Zügen, klar zu sein; nämlich der alte Grundsatz des rechtlichen Gehörs, möglicherweise zwar in einer neuen Ausgestaltung, aber doch von dem sich durch die Rechtsentwicklung der Jahrhunderte hindurchziehenden Grundgedanken ausgehend, daß im Verfahren vor dem Richter alle Beteiligten wirklich mitmachen dürfen. Trotzdem ist die Frage nach dem Gegenstand des Rechtes aus Art. 103 I GG nicht mehr überflüssig, seit Baur[51] neben diesen herkömmlichen einen zweiten, in diesem Zusammenhang neuartig scheinenden Gegenstand gestellt hat: Er sieht in Art. 103 I GG nicht nur das rechtliche Gehör im üblichen Sinne (der dem Ausdruck auch in dieser Arbeit stets zugrunde liegt), sondern auch den Justizgewährungsanspruch als das Recht des einzelnen auf Eröffnung und Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens verfassungsrechtlich normiert[52].

2. Hinweise in der älteren Literatur des Prozeßrechts

Wenn auch dieser Gesichtspunkt bei der Betrachtung des Art. 103 I GG neu ist, so entbehrt Baur's Meinung doch nicht des Rückhalts durch die bisherige sich mit dem Justizgewährungsanspruch befassende Lehre, besonders des Zivilprozeßrechts. Schon lange wurde eine Verbindung zwischen dem Justizgewährungsanspruch und dem rechtlichen Gehör gesehen[53]. Bei Degenkolb[54] ist diese Verbindung noch

---

51 AcP 153, 393 ff.

52 Über einen hiervon abweichenden Begriff des Justizgewährungsanspruchs, wie er früher teils vertreten wurde, s. unten Anm 188.

53 Vgl Löwe 94 ff.

54 Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905, 48 ff.

mehr sprachlicher Art. Würde man den Ausdruck "rechtliches Gehör" wie er verstehen, so käme man dazu, in Art. 103 I GG primär den Justizgewährungsanspruch niedergelegt zu sehen. Das ergibt sich aus dem gesamten Zusammenhang seiner Äußerungen. Vor allem deutet darauf folgende Aussage: Nach Degenkolb steht am Abschluß des rechtlichen Gehörs die Anwartschaft auf gerechte Entscheidung, hat das rechtliche Gehör publizistische Natur und stellt es keinen Anspruch dar[55]. Bei Goldschmidt[56] werden der staatsrechtliche Justizgewährungsanspruch und die prozessuale Aussicht auf Gehör zwar unterschieden, jedoch die Unterschiede nicht als einschneidend angesehen. Die Entstehung des Anspruchs auf Justizgewährung soll eine Nebenwirkung der Klagerhebung sein. Klar wird die zwischen rechtlichem Gehör und Justizgewährungsanspruch bestehende Beziehung allerdings erst bei Groh[57]. Er hat erkannt, daß der Justizgewährungsanspruch (Anspruch auf Rechtspflege) die Vornahme prozessualer Handlungen im weitesten Sinne durch die Organe der Rechtspflege zum Gegenstand hat. Diese Ausübung rechtspflegender Betätigung äußert sich, wie Groh richtig sieht, vornehmlich in der Entgegennahme von Erklärungen, zB im Parteigehör[58]. Dieses ist also lediglich eine Erfüllungsphase des Anspruchs auf Rechtspflege[59]. Obwohl Groh den Justizgewährungsanspruch als subjektives öffentliches Recht bezeichnet, hält er es nicht für möglich, seine Durchsetzung zu erzwingen[60]. Schließlich stellt Groh auch die Ähnlichkeit des Justizgewährungsanspruchs mit dem Recht auf rechtliches Gehör im Sinne Degenkolb's fest[61].

3. Baur's Ziel und Begründung

Diese Äußerungen der Literatur konnten es nun tatsächlich nahelegen, den Versuch zu unternehmen, in Art. 103 I GG auch den Justizgewährungsanspruch nachzuweisen. Diese vielleicht bestehende Möglichkeit, ihn aus der Sphäre der allgemeinen Prozeßrechtslehre in eine positive Norm des Verfassungsrechts hinaufzuheben, mußte besonders willkommen erscheinen, nachdem in der jüngsten Vergangenheit nicht nur das rechtliche Gehör, sondern gerade auch der Justizgewährungsanspruch häufig mißachtet worden war[62], und zwar nicht nur durch die Gerichte, sondern auch durch den Gesetzgeber, dem mit den bisher nur möglichen Rechtsbehelfen (Strafanzeige, Dienstaufsichtsbeschwerde, Amtshaftungsklage)

---

55 AaO 66.

56 Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925, 78, 263 f.

57 Groh, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 51(1926), 145 ff.

58 AaO 147 ff.

59 Ähnlich Siegert, Allgemein anerkannte und regionale Grundsätze im Zivilprozeßrecht, AcP 155(1956), 28 ff (42), nach dem der Anspruch auf rechtliches Gehör der Justizgewährungspflicht des Staates entspringt.

60 AaO 159 f. 61 AaO 193. 62 Vgl den Hinweis bei Baur AcP 153, 398.

nicht beizukommen war[63]. Würde an die Stelle dieser mangelhaften Rechtsbehelfe die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 103 I GG treten können, so wäre ein wirksamer Schutz gegen Justizverweigerung und -verzögerung gegeben.

Von dieser Situation ausgehend hat Baur nun die These von der Positivierung des Justizgewährungsanspruchs in Art. 103 I GG aufgestellt. Zur Begründung hat er insbesondere darauf verwiesen, daß weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte dagegen, sondern eher dafür sprächen[64] und daß ein Vergleich mit Art. 6 der europäischen Menschenrechtskonvention seine Ansicht stütze[65].

4. Zustimmende Autoren

In der Zivilprozeßrechtslehre hat Baur Anklang gefunden. Obwohl dem Justizgewährungsanspruch grundsätzlich ablehnend gegenüberstehend[66], schreibt Habscheid[67], daß Art. 1 I, 3 I und 103 I GG verletzt seien, wenn eine Klage nicht "angenommen" werde; denn jeder Staatsbürger habe ein Anrecht darauf, daß sein Vorbringen rechtlich geprüft werde. Damit kommt Habscheid's Auffassung im Ergebnis der Bejahung eines in Art. 103 I GG geregelten Justizgewährungsanspruchs gleich; denn das sicherste Anzeichen für dessen Vorliegen ist die von Habscheid gezeigte Möglichkeit der Durchsetzung. Dieser Lehre hat sich Rosenberg[68] angeschlossen, der bei Rechtsschutzverweigerung oder -verzögerung die Verfassungsbeschwerde für zulässig erachtet.

II Abweichende Stellungnahmen

1. Kritik an Baur's Begründung

Bei anderen Autoren ist jedoch Baur auf Ablehnung gestoßen. Mit Recht wurde geltend gemacht, daß der Wortlaut wohl nicht für Baur's Ansicht spricht[69]. Daß von "rechtlichem", nicht von "beiderseitigem" Gehör die Rede ist, ist bezüglich des Justizgewährungsanspruchs zwar bedeutungslos. Daß die Stellung der Worte "vor Gericht" am Anfang des Satzes gegen Baur sprechen solle[70], ist allerdings auch nicht einzusehen. Auf derartige Feinheiten darf es für das Problem nicht an-

---

63 Baur aaO 397. 64 AaO 398. 65 AaO 399.

66 S. unten Anm 188.

67 Habscheid, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67 (1954), 188 ff.

68 Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. München und Berlin 1960, 8.

69 Löwe 103. 70 So Löwe aaO.

kommen. ME ist die Stellung der einzelnen Worte in Art. 103 I GG insofern völlig bedeutungslos. Eher könnte man schon aus dem Wort "vor" entnehmen, daß das Recht erst eingreife, wenn die Streitsache einmal vor dem Richter schwebt, zu einem gerichtlichen Verfahren geworden ist. Aber auch damit würde man zuviel aus dem Wortlaut herauslesen. Unergiebig ist auch die Entstehungsgeschichte. Zwar geht aus ihr der Gedanke einer Reaktion auf die Mißachtung des Rechts in den Jahren vor 1945 hervor; aber durchaus offen bleibt, ob außer dem rechtlichen Gehör im herkömmlichen Sinne auch der Justizgewährungsanspruch gerade durch Art. 103 I GG hiergegen in Zukunft besonders geschützt werden sollte. Nicht unbedenklich ist ferner eine Auslegung des Art. 103 I GG durch Vergleich mit Art. 6 der Menschenrechtskonvention (MRK). Das zeigt sich in folgendem [71]: Die MRK ist nach dem GG entstanden und mit weiterer Verzögerung in Kraft getreten [72]; sie kann also die Entstehung und den Sinn des GG nicht beeinflußt haben. Sie könnte allerdings einen in Art. 103 I GG nur verschleiert enthaltenen Sinn offengelegt haben, wenn sie den Justizgewährungsanspruch in ihren Schutz des rechtlichen Gehörs einbezog. Aber dieser Sinn hätte dann eben in Art. 103 I GG wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck kommen müssen, was nicht geschehen ist. Mehr als einen Anstoß, in Art. 103 I GG nach diesem Sinn zu suchen, konnte die MRK nicht geben. Man kann auch nicht annehmen, daß die MRK sich dem GG habe angleichen wollen, um daraus weiter zu schließen, daß Art. 103 I GG also denselben Sinn habe wie Art. 6 MRK. Dieser lehnte sich nämlich höchstens an die UN-Deklaration vom 10.12.48 an, wie aus der Präambel der MRK hervorgeht [73]. Es ist deshalb hier bedeutungslos, ob Art. 6 MRK einen Justizgewährungsanspruch enthält [74].

2. Anderweitiger Schutz des Justizgewährungsanspruchs?

Zu berücksichtigen ist ferner, ob der Justizgewährungsanspruch etwa in anderen Vorschriften ausreichend geschützt ist.

a) Art. 101 I 2 GG

Da es um den Zugang zum Gericht geht, sind Beziehungen zum Gebot des gesetzlichen Richters nicht zu leugnen. Wenn das GG den Justizgewährungsanspruch hätte regeln wollen, hätte es dies also auch im Rahmen des Art. 101 GG tun können. Gleichwohl läßt sich hieraus keine klare Antwort auf unsere Frage ableiten [75]. Allerdings ist festzustellen, daß das Bundesverfassungsge-

---

71 Vgl Löwe 104. 72 S. unten § 7 II.

73 Zum Verhältnis von Art. 103 I GG zu Art. 6 MRK s. im übrigen unten § 7 II; dort auch zur UN-Deklaration.

74 Diese Frage wird zu bejahen sein; vgl MD Art. 1 Rn 68.

75 Löwe 103 meint, Art. 101 GG als Norm für den Zugang zu den Gerichten sei die richtigere Stelle für eine Regelung des Justizgewährungsanspruchs. Diese

richt [76] mit ziemlicher Selbstverständlichkeit in der formellen Justizverweigerung - zB durch Nichterledigung einer Sache - einen durch Art. 101 I 2 GG verbotenen Fall sieht. Daß es sich dabei zu Unrecht auf Kern [77] beruft, hat Bettermann [78], der hier Kern folgt, bereits aufgezeigt. Kern [79] erklärt geradezu, daß andere Maßnahmen als Hemmung oder Verringerung der Rechtspflege durch Richtervertauschung nicht von Art. 105 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) - der dem Art. 101 I 2 GG entsprach - getroffen werden, also auch nicht durch "die verschiedenen Formen der Rechtsverweigerung einschließlich der Verweigerung des richterlichen Gehörs und der Justizverzögerung" [80].

b) § 13 GVG

Von Dürig [81] wird im Anschluß an die Ablehnung der Lehre Baur's behauptet, es bestehe gar keine Notwendigkeit für die Annahme, der Justizgewährungsanspruch sei in Art. 103 I GG enthalten. Gerade das Anliegen, das Baur zu seiner These letztlich veranlaßt hat, nämlich die Möglichkeit, eine Verfassungsbeschwerde zu eröffnen, glaubt Dürig bereits anderweitig erfüllt. Wenn dem stets so ist, so sollte man sich in der Tat nicht bemühen, den Justizgewährungsanspruch in Art. 103 I GG zu lokalisieren. Aber der von Dürig gezeigte Weg erscheint nicht durchweg gangbar, was Baur [82] bereits angedeutet hatte. Soweit es sich um das Zivilrecht handelt, soll nach Dürig § 13 GVG einen umfassenden Rechtsschutz gewähren. Durch diese Norm wird, grob gesprochen, der Rechtsweg in bürgerlichen Streitigkeiten zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Aber wie wenig damit § 13 GVG geeignet ist, insoweit einen sonst nicht konkretisierten Justizgewährungsanspruch aufzunehmen bzw zu ersetzen, zeigt schon die Tatsache, daß die entsprechende Vorschrift des Verwaltungsprozeßrechts, § 40 VwGO, von Dürig nicht in entsprechender Weise herangezogen wird, wie dies nur konsequent wäre. Baur geht es darum, den Justizgewährungsanspruch gerade dann durchzusetzen, wenn die Gerichte ihren Rechtsweg für verschlossen erklären. In diesem Falle oder bei verzögernder Behandlung der Rechtssache hilft eine Rechtswegnorm nicht weiter. Und wenn gar der Gesetzgeber in bestimmten Fällen keinen Rechtsweg zur Verfügung stellt oder entsprechende Rechtswegnormen aufhebt, dann ist der Justizgewährungsanspruch außergewöhnlich gefähr

---

Sicht erscheint jedoch zu einseitig. Löwe 106 leugnet den Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör.

76 BVerfGE 3, 359(364); vgl. aber auch BGHZ 6, 178(182) und vor allem Bay VerfGHE 9, 123(130).

77 Kern, Der gesetzliche Richter, Berlin 1927, 203 f.

78 Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: GR III 2, 523 ff(559); Bettermann's eigene Meinung aaO 565.

79 AaO 214. 80 AaO 204. 81 MD Art. 103 Rn 88. 82 AcP 153, 398

det. Weiter ist zu bemerken, daß § 13 GVG durchaus nicht immer dann eingreift, wenn die Rechtsverletzung nicht durch die öffentliche Gewalt geschehen ist. Für die freiwillige Gerichtsbarkeit zB gilt er nicht [83]. Schließlich besteht nicht die Möglichkeit, wegen Verletzung des § 13 GVG Verfassungsbeschwerde zu erheben, und das ist für Baur ausschlaggebend.

c) Art. 19 IV GG

Anders liegt es bei Verletzungen des Justizgewährungsanspruchs durch die öffentliche Gewalt. Hier trifft Dürig's [84] Auffassung zu; Art. 19 IV GG greift ein. Verweigert oder verzögert ein Gericht seine Tätigkeit, so verletzt es damit den Justizgewährungsanspruch des Art. 19 IV GG; soweit diese Bestimmung reicht, ist jener in ihr enthalten [85]. Zwar wird dadurch nicht der Rechtsweg gegen diese Verletzung eröffnet, "denn Art. 19 IV GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter" [86], aber gerade deshalb wird der Weg frei für die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Grundrechtes [87] des Art. 19 IV GG. Damit ist der Justizgewährungsanspruch bei Rechtsverletzungen durch Akte der öffentlichen Gewalt in Art. 19 IV GG umfassend geschützt.

3. Ergebnis

Da gegen die Art. 101 I 2 GG betreffende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bedenken bestehen und Art. 19 IV GG den Justizgewährungsanspruch nicht voll umfaßt, bliebe nur Art. 103 I GG übrig. um die Lücke zu schließen. Wie

---

83 Das geht aus § 2 EGGVG hervor; so richtig Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, 17 ff (18), gegen Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955, 19. Andererseits greift aber auch Art. 19 IV GG hier nicht ein; im Rahmen dieser Norm zählt die freiwillige Gerichtsbarkeit zur Rechtsprechung; vgl MD Art. 19 IV Rn 17 mit Hinweis auf Bettermann, Lent-Festschrift 40.

84 MD Art. 103 Rn 88; so auch Bettermann GR III 2, 559.

85 MD Art. 19 IV Rn 2 aE.

86 MD Art. 19 IV Rn 17 mwN; Klein, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL 8, 77 ff (105).

87 Streitig; dieser Frage kann hier nicht nachgegangen werden; für Grundrechtseigenschaft besonders Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951, 13 Anm 6, 84; derselbe, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, 287 ff (301); MD Art. 19 IV Rn 2 mwN; aM v. Mangoldt-Klein,

oben [87a] gezeigt wurde, sind jedoch die Anhaltspunkte, die eine solche ausfüllende Funktion des Art. 103 I GG rechtfertigen könnten, denkbar schwach. Bei dieser Sachlage erscheint es nicht genügend fundiert, den Justizgewährungsanspruch insgesamt in Art. 103 I GG hineinzuinterpretieren [88].

Mit dieser ablehnenden Stellungnahme wird allerdings zugegeben, daß der einzelne gegen Akte öffentlicher Gewalt besser geschützt ist als gegen Eingriffe von privater Seite. Letztlich erscheint es aber auch nicht unangemessen, daß der Staat bei eigenen Eingriffen in höherem Maße verpflichtet ist, das Rechtsschutzsystem zur Wiedergutmachung zur Verfügung zu stellen als bei Eingriffen Dritter.

Abschließend darf aber darauf hingewiesen werden, daß der Justizgewährungsanspruch als ein Ausdruck des im GG (insbesondere in Art. 20 und 28) enthaltenen Rechtsstaatsprinzips anzuerkennen ist [89]. Damit hat er über die Reichweite

---

Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt/M 1957 ff, 542 (zitiert: MK).

87a S. oben II 1.

88 Daher können Verletzungen des Justizgewährungsanspruchs jedenfalls nicht gleichzeitig Verletzungen von Art. 103 I GG sein. Es ist also zB Kern, Strafverfahrensrecht, 6. Aufl. München und Berlin 1960, 152, darin zuzustimmen, daß der Anspruch des Verletzten auf rechtliches Gehör nicht durch die Einschränkung des Klagerzwingungsverfahrens bei geringfügigen Delikten verletzt wird. Dagegen hält Hellmuth Mayer, Klagerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip, JZ 55, 601 ff (604), den diese Einschränkung regelnden § 172 II 3 StPO wegen Verstoßes gegen Art. 103 I GG für verfassungswidrig, weil er "dem Verletzten das Recht auf richterliches Gehör bezüglich dieses Anspruchs" (gemeint ist das "prozessuale Strafklagerecht", dh der Anspruch auf Justizgewährung) nehme. Er will also den Justizgewährungsanspruch durch Art. 103 I GG schützen, was abzulehnen ist. Das von ihm erkannte Problem ist anders zu lösen: Soweit der Richter seine Zustimmung geben muß, wenn die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen will (§§ 153 II, 153 a I StPO), muß er den Verletzten wegen Art. 103 I GG anhören. Auch die Zustimmung ist eine richterliche Entscheidung (hierzu unten § 9). Wenn sie auch zunächst die Staatsanwaltschaft angeht, so betrifft und beschwert sie doch auch den Verletzten. Ist der Richter überhaupt nicht eingeschaltet, so wird Art. 103 I GG nicht berührt. Ob der Justizgewährungsanspruch verletzt wird, ist eine hier nicht zu entscheidende Frage.

89 So Bettermann GR III 2, 559.

des Art. 19 IV GG hinaus Eingang in das Verfassungsrecht gefunden. Welchen Schutz er infolgedessen genießt, das ist in diesem Rahmen nicht mehr zu erörtern[90].

§ 3

Ursprung und Sinn des durch Art. 103 I GG gewährten rechtlichen Gehörs

Auch die folgende Untersuchung dient dem Ziel, die Grundlage für die weiteren Erörterungen verfassungs- und verfahrensrechtlicher Art zu liefern. Gerade bei der Auslegung eines so lapidaren Satzes wie dem des Art. 103 I GG, zumal im Verfassungsrecht, kann nicht auf die Ermittlung des Ursprunges und Sinnes der Norm verzichtet werden, will man nicht Gefahr laufen, auf Abwege zu geraten. Bei dieser Frage nach dem Ursprung und Sinn wird es entscheidend sein, stets im Auge zu behalten, daß Art. 103 I GG aus seiner Stellung im GG heraus begriffen werden muß.

I Außerverfassungsrechtliche Lehren

1. Ableitung aus anderen Prozeßgrundsätzen und Prozeßrechtsnormen

Auch bevor das GG diesen Satz aufnahm, wurde schon erörtert, welchen Inhalt das rechtliche Gehör hat, wer zu seiner Ausübung berechtigt ist und in welchen Verfahrensarten der Grundsatz gilt. Damals war jedoch der Ursprung und der daraus folgende Sinn und Zweck des Rechts mangels einer allgemeingültigen Norm über das rechtliche Gehör weit schwerer festzustellen als heute. Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn versucht wurde, den Ursprung und damit den Geltungsgrund in allen möglichen anderen Prozeßgrundsätzen und -normen zu sehen. Dies bedarf im einzelnen hier keiner Darstellung mehr; vielmehr ist

---

90 Wegen der Frage, ob die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Justizgewährungsanspruchs zulässig ist, vgl BVerfGE 1, 418(429). Hier erklärt das Gericht, in Fällen schwerwiegender Verletzung von in der StPO enthaltenen subjektiven Rechten könne unter Umständen einmal die Verfassungsbeschwerde gegeben sein, wenn der rechtsstaatliche Charakter des Verfahrens ernstlich beeinträchtigt würde.

Löwe [91] zuzustimmen, der ausführlich untersucht hat, ob sich der Grundsatz des rechtlichen Gehörs aus einem andern Prozeßgrundsatz ableiten läßt, aber zu einem negativen Ergebnis gekommen ist [92]. Das bedeutet allerdings nicht, daß gar keine Beziehung zu den Prozeßgrundsätzen bestehen könnte. Aber keiner von ihnen kann das rechtliche Gehör umfassend genug erklären. Weder aus dem Prinzip der Mündlichkeit noch dem der Unmittelbarkeit geht der Grundsatz des rechtlichen Gehörs hervor [93]. Ebensowenig läßt er sich aus der Verhandlungs-, Untersuchungs- oder Dispositionsmaxime herleiten [94]. Auch der Gleichheitssatz, insbesondere in seiner Ausgestaltung als Gleichheit vor dem Richter, umfaßt nicht das rechtliche Gehör [95], obwohl dies auch in jüngster Zeit nocht behauptet worden ist [96], sondern nur einen Ausschnitt daraus. Schließlich ergibt es sich auch nicht aus der Pflicht des Gerichts zur Wahrheitserforschung und Gerechtigkeit [97]. Auch dies wird aber immer wieder angenommen [98]. In der Rechtsprechung, vor allem des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, wurde der

---

91 Löwe 12 ff.

92 Auch Dürig, MD Art. 103 Rn 3 Anm 2, hält eine Erklärung des Anspruchs auf rechtliches Gehör mit andern Prozeßgrundsätzen für unzureichend.

93 Löwe 15.

94 Löwe 26-28. Nach BGH LM Nr 2 zu § 548 ZPO und RGZ 103, 95 f; 160, 157 (162) ergibt er sich aus dem Verhandlungsgrundsatz. Zu Recht aM BVerfGE 7, 53(57).

95 Löwe 23.

96 Habscheid, Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 58, 361 ff (364 f), meint, der Gleichheitssatz finde eine Einzelnormierung in Art. 103 I GG. Diese Auffassung geht vor allem auf alte Rechtssprichwörter zurück, s. oben Anm 1. Insbesondere sind hier zu nennen audiatur et altera pars; eines mannes red ist keines mannes red, man soll sie billig hören bed. Habscheid selbst zitiert Aischylos (vgl aaO 365). Auch Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947, 81, führt den Gleichheitssatz an.

97 Löwe 39.

98 Coing 80-82; v. Winterfeld NJW 61, 850; Reuß, Anmerkung zu BVerwGE 1, 4 ff, JR 53, 470 f; Münzel, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66(1953), 334 ff (368); richtig dagegen Schütz, Das rechtliche Gehör bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung, NJW 61, 582 ff (584); in der Rechtsprechung erklären das rechtliche Gehör fälschlicherweise so: BGH NJW 59, 2213 f; BayObLGZ 1951, 424; 1956, 54(61); LG München I MDR 50, 677; LG Stuttgart ZZP 67, 284; diese Auffassung scheint auch BGHSt 5, 278(279 f) und BGH LM Nr 1 zu § 57 FGG zugrundezuliegen. Richtig dagegen zum Verhältnis von rechtlichem Gehör und Aufklärungspflicht BayVerfGH NJW 60, 1051.

Anspruch auf rechtliches Gehör oft auch unmittelbar auf die §§ 136, 137, 139, 141, 337 ZPO gestützt [99]. Diese mögen zwar - auch - ihm dienen, sind aber als tragfähige Grundlage nicht geeignet, gerade weil sie auch im Interesse der Sachaufklärung bestehen. Vor allem könnten sie nicht über die ZPO hinauswirken.

2. Baur's Lehre von der Unrechtsabwehrtendenz

a) Die Begründung

Eigene Wege in der Frage nach dem Ursprung und Sinn des rechtlichen Gehörs ist Baur [100] gegangen. Um den Inhalt, den Kreis der Berechtigten und den Geltungsbereich des Satzes vom rechtlichen Gehör zu bestimmen, geht er davon aus, daß jede gerichtliche Entscheidung auf die Rechtsstellung der Beteiligten einwirkt. Die natürliche Reaktion darauf sieht Baur darin, daß jeder Beteiligte versucht, die Gefahr eines Rechtsverlustes abzuwenden. Vom Staat werde diese Unrechtsabwehrtendenz als Surrogat ursprünglicher Angriffs- oder Verteidigungshandlungen respektiert. Das rechtliche Gehör ist dann die dem gerichtlichen Verfahren adäquate Form der vorbeugenden Unrechtsabwehr, ein Schutzmittel gegen drohende Eingriffe; Sinn des rechtlichen Gehörs ist nach Baur die Einwirkungsmöglichkeit auf die künftige gerichtliche Entscheidung. Der Anspruch des Art. 103 I GG besteht nicht so sehr im Interesse der Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Wahrheitsermittlung als vielmehr im Interesse der am Verfahren Beteiligten [101].

b) Die Kritik an der Lehre

Soweit an Baur's Grundgedanken Kritik geübt worden ist, also die hinter dem Anspruch auf rechtliches Gehör stehende Unrechtsabwehrtendenz verneint wird, kann dieser Kritik [102] nicht zugestimmt werden. Wie auch Dürig [103] zugibt, ist

---

99 So RGZ 81, 321(324); 93, 152(155); 160, 157(160, 162); BGH LM Nr 2 zu § 548 ZPO; vgl. auch Rosenberg 293; Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. Tübingen 1953 ff, bearbeitet von Schönke, fortgeführt von Pohle, Vorbem II 1 b vor § 128.

100 AcP 153, 393 ff (402 ff).

101 Noch krasser Kleinknecht-Müller, Kommentar zur StPO und zum GVG, 4. Aufl. Darmstadt 1958, Einleitung 12 I b, im Anschluß an BayVerfGHE 5, 30(40): Das rechtliche Gehör diene einzig und allein dem Schutz des Betroffenen, es sei ein Individualrecht zugunsten aller, in deren Rechtsstellung durch ein gerichtliches Verfahren eingegriffen werde. Ähnlich auch Forsthoff, Lehrbuch 173 (im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren), nach dem es die Staatsgewalt zum Schutze der Rechtsgenossen beschränkt und bindet.

102 Röhl NJW 58, 1268.

103 MD Art. 103 Rn 5.

diese Tendenz eine wichtige Funktion dieses Rechts. Allerdings hat Dürig ebenso Recht, wenn er in der Unrechtsabwehrtendenz keine ausreichende materiellrechtliche Grundlage für das rechtliche Gehör finden kann. Dieser Tendenz fehlt es an der nötigen Bestimmheit; vor allem zeigt sich die Schwäche der auf sie gestützten Lehre, wenn es darum geht, den Anspruch auf rechtliches Gehör einzugrenzen. Hier macht es sich bemerkbar, daß Baur bei der Begrenzung des Rechts auf eine Heranziehung des Art. 103 I GG verzichtet. Schon Löwe [104] hat Baur's Lehre deshalb kritisiert, weil es unklar bleibe, wieweit das Prinzip reichen und wo die Ausnahmen beginnen sollten, da Baur das Recht dort zurücktreten lassen will, wo höhere Interessen (zB das der Beschleunigung oder der Überraschung) entgegenstehen [105]. Mit Recht bemerkt Löwe [106], daß angesichts der Vielzahl möglicher Ausnahmen, die nur die Tendenz selbst unberührt lassen, die Regel wohl zu weit gefaßt sein müsse. Gerade ein als Schutzrecht gedachtes Verfassungsrecht müsse sich im Einzelfall bewähren. Die Nachholung des Gehörs sei entgegen Baur kein Ausweg [107], da damit der Unrechtsabwehrtendenz nicht mehr entsprochen werde, vielmehr nur noch rechtliches Gehör in der folgenden Instanz möglich wäre. Löwe's Kritik übersieht indessen, daß eine Regel für den Umfang des rechtlichen Gehörs, will sie einerseits den Vorwurf vermeiden, zu eng gefaßt zu sein, andererseits nicht lebensfremd erscheinen, überhaupt nicht ausnahmslos gelten kann. Was an Baur's Lehre nicht überzeugt, ist nicht das Vorhandensein oder der Umfang der Ausnahmen, sondern die Art ihrer Begründung. Wird diese ausschließlich mit Hilfe einer Interessenabwägung gegeben, zu der nicht der Gesamtzusammenhang des GG die Orientierung liefert [108], so kann schwerlich ein gemeinsamer Ausgangspunkt für die Ausnahmen gefunden werden, und die nötige Sicherheit fehlt. Der einzelne Betroffene wird wenig Verständnis dafür haben, daß sein Interesse einem angeblich höheren nachstehen soll.

3. Löwe's Ableitung aus dem Begriff der Rechtsprechung

a) Die Begründung

Wieder eine andere Ableitung des rechtlichen Gehörs hat Löwe [109] unternom-

---

104 Löwe 48.

105 AcP 153, 404 f. Dieselbe Kritik trifft andere, die sich Baur angeschlossen haben, nämlich Hohenester, Das rechtliche Gehör vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRiZ 59, 213 f; Schütz NJW 61, 586.

106 Löwe 52 f.

107 Löwe 55 ff.

108 Vgl zu diesem Gedanken (allerdings mit Bezug auf Art. 12 I 2 GG) Bachof, Freiheit des Berufs, in: GR III 1, 155 ff (213). Bedenken gegen das allgemeine Prinzip der Interessenabwägung ohne nähere sachliche Kriterien hat auch Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung, München 1959, 24 f.

109 Löwe 79 ff.

men. Er sieht die Ursache des rechtlichen Gehörs im Vorhandensein der Rechtsprechung im Sinne der Rechtsstreitentscheidung durch den unbeteiligten Dritten, den Richter. Voraussetzung einer solchen Streitentscheidung sei lediglich das Vorliegen entgegengesetzter Rechtsbehauptungen [110]. Die Rechtsprechung könne nun nicht anders geschehen, als daß die Parteien vor dem Richter um ihr Recht kämpften. Diesen Kampf zu ermöglichen, sei der Sinn des rechtlichen Gehörs. Solle der Richter den Streit entscheiden können, so müsse der Kampf in seinen Kopf verlagert werden; die Ausübung des rechtlichen Gehörs führe also zu einer Projektion der Standpunkte der Parteien in den Kopf des Richters, damit zu einer Einwirkung auf den Richter [111]. Wo es dagegen keine Streitentscheidung über entgegengesetzte Behauptungen gebe, wo also keine Rechtsprechung im obigen Sinne vorliege, da entfalle mit der Notwendigkeit einer Streitverlagerung auf den Richter auch das rechtliche Gehör, statt dessen komme höchstens noch eine Anhörung im Interesse der Sachaufklärung in Frage; wie der Betroffene zu der zu treffenden Maßnahme stehe, sei für den Entscheidenden nicht wichtig zu wissen.

b) Angebliche Hinweise und Bestätigungen

Hinweise [112] auf die Richtigkeit seiner Auffassung glaubt Löwe den Autoren entnehmen zu können, die den Grundsatz des rechtlichen Gehörs mit der richterlichen Tätigkeit, weiter mit dem Prozeß sowie der Tatsache in Beziehung bringen, daß in einer Anzahl von Verfahren der Prozeßstoff nicht nur vom Gericht, sondern auch von den Parteien gesammelt wird; weiter sollen diejenigen auf Löwe's Ansicht hinweisen, die das rechtliche Gehör zu den Grundlagen des gerichtlichen Verfahrens zählen. Diese Umstände deuten in der Tat darauf hin, daß gerichtliches Verfahren und rechtliches Gehör zusammengehören; aber um das festzustellen, genügt ein Blick auf Art. 103 I GG. Für Löwe's enge Auffassung kann aus diesen Umständen nichts entnommen werden.

Weiter findet Löwe auch Bestätigungen seiner Meinung [113], nämlich bei den Autoren, die einen Zusammenhang des rechtlichen Gehörs speziell mit dem kontradiktorischen Verfahren annehmen [114]. Hierzu ist zu bemerken, daß im kontra-

---

110 AaO 75. 111 AaO 81. 112 AaO 63 ff. 113 AaO 84 ff.

114 Erwähnenswert ist in dieser Hinsicht, daß Löwe (84) sich darauf beruft, Lechner, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954, mit Ergänzungsband 1957, § 77 Anm 2, halte das rechtliche Gehör im abstrakten Normenkontrollverfahren für nicht erforderlich, da es nicht kontradiktorisch sei. Der Grund dafür ist aber nicht das Fehlen des kontradiktorischen Verfahrens, sondern das Fehlen von Beteiligten überhaupt. Es geht hier um die objektive Feststellung der Gültigkeit eines Rechtssatzes. Dem steht nicht entgegen, daß nach Lechner aaO das Bundesverfassungsgericht

diktorischen Verfahren zwar rechtliches Gehör zu gewähren sein wird, daß dies aber keineswegs eine Geltung des Grundsatzes darüber hinaus ausschließt. Eine weitere Bestätigung meint Löwe den Äußerungen des Schrifttums und der Rechtsprechung entnehmen zu können, die für das Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Verwaltung allgemein das Erfordernis des rechtlichen Gehörs ablehnen [115], da auch hier keine Streitentscheidung erfolge. Soweit es sich um die Frage des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren handelt, erlaubt die dort noch weniger geklärte Rechtslage jedenfalls keinen Schluß auf das rechtliche Gehör vor Gericht; soweit es sich um die freiwillige Gerichtsbarkeit handelt, hat die auf diesem Gebiet bis vor einigen Jahren herrschende Lehre und Rechtsprechung allerdings tatäschlich einen mit Löwe's Grundgedanken übereinstimmenden Standpunkt vertreten, der aber jetzt wohl als überwunden gelten kann [116].

c) Stellungnahme

Auch diese von Löwe versuchte Herleitung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs kann nicht überzeugen. Im Ausgangspunkt enthält sie die richtige Feststellung, daß die Parteistandpunkte vor der Entscheidung im Richter lebendig sein müssen und deshalb rechtliches Gehör nötig sei. Diesen Gedanken hat Calamandrei treffend beschrieben [117]. Aber dieser Ausgangspunkt ist unvollständig und die Lehre Löwe's daher schon in sich selbst nicht befriedigend. Ebenso, wie der Richter die entgegengesetzten Standpunkte der Parteien kennen muß, um deren Streit zu entscheiden, läßt sich auch für Verfahren mit nur einem Beteiligten die Auffassung vertreten, daß dessen Ansicht dem Richter bekannt sein muß, bevor er die den Beteiligten bindende Entscheidung fällt. Wollte man umgekehrt

---

in der Praxis den § 82 II BVerfGG auch bei Fällen der abstrakten Normenkontrolle anwendet; denn damit ist noch nicht gesagt, daß der Beigetretene auch rechtliches Gehör zu beanspruchen hätte. Lechner aaO § 82 Anm zu Abs. 2 scheint dies allerdings annehmen zu wollen, obwohl er den objektiven Charakter auch des konkreten Normenkontrollverfahrens hervorhebt. Aber nur der hat Anspruch auf rechtliches Gehör, demgegenüber die Entscheidung Rechtskraft entfaltet; und Rechtskraftwirkung gibt es bei Normenkontrollentscheidungen nicht, vgl Lechner § 31 Anm 1; sie haben nach § 31 II BVerfGG Gesetzeskraft.

Auch Dürig, MD Art. 103 Rn 87, verneint die Geltung von Art. 103 I GG im Verfahren nach Art. 100 GG; das gilt dann erst recht für die abstrakte Normenkontrolle.

115 Löwe 85 ff.

116 S. unten § 10 I 2.

117 Calamandrei, Lob der Richter, München 1956, 38: "Wenn die Embryologie ihre Forschungen auf das Gebiet der Psychologie ausdehnen könnte, so würde sie entdecken, daß die Seele des Richters aus zwei embryonalen Anwälten besteht, die beide, Gesicht an Gesicht gepreßt wie die biblischen Zwillinge, schon im Mutterleib in Kampfstellung liegen. Die Unparteilichkeit, die höchste richterliche Tugend, ist die psychologische Resultante zweier einander bekämpfender Parteilic

Löwe darin folgen, daß zB der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit keinen Wert auf die Kenntnis der Ansicht des Betroffenen zu legen habe, sondern allenfalls diesen soweit anhören müsse, bis er glaube, sich eine Überzeugung vom Sachverhalt bilden zu können, so wäre nicht einzusehen, warum er sich im kontradiktorischen Verfahren nicht auch hierauf sollte beschränken können. Daß die von Löwe gezogene Trennungslinie nicht berechtigt ist, zeigt die Wirklichkeit des gerichtlichen Verfahrens. Während oft im kontradiktorischen Verfahren Einigkeit zwischen den Parteien besteht, stehen sich wohl in der überwiegenden Zahl aller im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheidenden Fälle infolge gegensätzlicher Interessen hart aufeinanderprallende Tatsachen- und Rechtsbehauptungen gegenüber; es braucht hier nur an die Praxis des Ehescheidungsverfahrens einerseits und an die Sorgerechtsregelung durch das Vormundschaftsgericht andererseits erinnert werden. Bei manchen Rechtsgebieten ist vom Gesetzgeber nur aus Zweckmäßigkeitsgründen das formlosere Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem ordentlichen Zivilprozeß vorgezogen worden, ohne daß damit eine Minderung der verfahrensrechtlichen Garantien beabsichtigt war; bei anderen wiederum wurde der Richter mit einer Verwaltungsentscheidung betraut, um das Verfahren rechtsstaatlicher zu machen, also mit größeren Garantien auszustatten. Der ausschlaggebende Grund aber, weshalb Löwe's Lösung nicht zugestimmt werden kann, liegt in seiner Nichtbeachtung von Art. 103 I GG. Löwe geht an die Frage nach dem Ursprung und Sinn des rechtlichen Gehörs genau so heran, wie das für die Zeit vor dem Entstehen des GG noch verständlich sein konnte. Für ihn bleiben bei jeder richterlichen Tätigkeit, die, materiell gesehen, zur Verwaltung zählt, die Betroffenen Objekte des Verfahrens. Diese Meinung kann nicht von Bestand sein, wenn man in Art. 103 I GG nicht nur die Positivierung eines alten Grundsatzes sieht, sondern den Zusammenhang der Norm mit dem übrigen Verfassungsrecht beachtet.

II Der verfassungsrechtliche Ursprung und Sinn des durch Art. 103 I GG gewährten Rechts

Dies führt unmittelbar zu der eigenen Auffassung über den Ursprung des durch Art. 103 I GG gewährten rechtlichen Gehörs, die der heute wohl hM zu dieser Frage entspricht. Hiernach hat Art. 103 I GG zwei Wurzeln.

1. Erste Wurzel: Die Menschenwürde

a) Der Grundsatz

Einmal entspringt Art. 103 I GG aus dem in Art. 1 I GG zum "obersten Konstitutionsprinzip" [118] erhobenen Satz von der Menschenwürde. Dieser verbietet

---

keiten." 118 MD Art. 1 Rn 14 im Anschluß an Wintrich.

jede Mißachtung des Personenwertes des Menschen, er verbietet auch, den Menschen in irgend einer Weise zum Objekt zu machen [119]. Und eben dieser Gedanke liegt Art. 103 I GG zugrunde [120]: Auch im gerichtlichen Verfahren sind die Beteiligten nie Objekte, sondern stets Subjekte. Das Recht auf rechtliches Gehör verbannt die Möglichkeit und die Zwangsvorstellung, in der Gerichtsbarkeit eine Mühle zu sehen, zwischen deren Mahlsteinen man unvermeidlich zerrieben werden muß, wenn man einmal, mit oder ohne seinen Willen, in sie geraten ist. Art. 103 I GG verbietet also, über die Ansicht des Betroffenen hinwegzugehen, den jeweiligen Prozeß von seinen Subjekten zu lösen und zu objektivieren. Gerade weil dies eigentlich schon aus Art. 1 I GG, also letztlich aus überpositivem Recht folgt [121], muß es auch nach der in Art. 103 I GG erfolgten Konkretisierung gelten, kann also diese Norm ihren Ursprung und Sinn nicht verleugnen. Art. 103 I GG dient daher dem Schutze des in ein gerichtliches Verfahren verwikkelten einzelnen, verhilft ihm dazu, das Seine dazu beitragen zu können, damit die Entscheidung nicht ohne Berücksichtigung seiner Meinung ergehen möge.

Obwohl von Art. 1 I GG als der rechtfertigenden Grundlage des Art. 103 I GG ausgehend, gelangt Dürig [122] zu einer bedeutend engeren Ansicht. Nach ihm liegt der Sinn des Art. 103 I GG darin, die materiellen Grundrechte zu schützen. So wie Art. 19 IV GG den Weg zum Gericht eröffne, damit die Grundrechte geltend gemacht werden könnten, so diene das prozessuale "Hilfsgrundrecht" des Art. 103 I GG dazu, die materiellen Grundrechte im gerichtlichen Verfahren kontradikto-

---

119 Grundlegend MD Art. 1 Rn 28.

120 MD Art. 103 Rn 5 und Art. 1 Rn 36; Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81(1956), 117 ff (128 f); Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, Köln und Opladen 1957, 18; derselbe, Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl 57, 137 ff (139); Arndt NJW 59, 6 und 1298; Hamann, Kommentar 418 f; derselbe AnwBl 58, 141; Röhl NJW 58, 1268; derselbe, Anmerkung zu BayVerfGH NJW 59, 285, ebenda; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: GR III 2, 909 ff (971 f); Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959, 214; v. Winterfeld NJW 61, 849 f; Schütz NJW 61, 584; Beitzke, Anmerkung zu KG FamRZ 60, 503; ebenda 506; ablehnend Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl 59, 537 ff (541); wie die hL auch die Rechtsprechung, insbesondere BVerfGE 7, 53 (58); 7, 275 (278); 9, 89 (95); 9, 256 (259); BGHSt 13, 123.

121 So auch Coing 80 und 82, nach dem "vom Standpunkt echten Rechts her" rechtliches Gehör erforderlich ist, weil es "die Achtung vor der Person gebietet".

122 MD Art. 103 Rn 2 f. Eine weitergehende Auffassung ergibt sich jedoch aus Rn 5.

risch zu behaupten [123]. Dies ist zu eng gesehen. Daß nicht nur das kontradiktorische Verfahren rechtliches Gehör erfordert, mußte schon Löwe entgegengehalten werden. Vor allem aber kann der Sinn des Art. 103 I GG nicht auf den Grundrechtsschutz beschränkt werden. Das würde bedeuten, daß sich sein Anwendungsbereich fast ganz auf den Verwaltungsgerichtsprozeß und die Verfassungsbeschwerde konzentrieren würde; aber ebenso wichtig ist das rechtliche Gehör in allen andern Verfahrensarten, bei denen die materiellen Grundrechte (als gegen den Staat gerichtete Rechte) meist keine Rolle spielen. Art. 103 I GG dient nicht primär dazu, außerhalb des gerichtlichen Verfahrens geschehene Verletzungen der Menschenwürde zu bekämpfen, sondern will das gerichtliche Verfahren selbst, unabhängig von seinem jeweiligen Gegenstand, menschenwürdig gestalten helfen.

b) Die Reichweite des Art. 1 I GG in Art. 103 I GG

Fraglich kann nur sein, ob das rechtliche Gehör in seinem ganzen durch Art. 103 I GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Umfang Ausdruck der Menschenwürde und damit unantastbar ist. Soviel kann hier schon gesagt werden: Sicher wird nicht jede Bestimmung des Prozeßrechts, die einzelne Teile des rechtlichen Gehörs betrifft, dadurch in die Sphäre des Verfassungsrechts gehoben [124], also erst recht nicht unantastbar. Denn die einfachgesetzlichen gehörregelnden Vorschriften gehen oft über das von Art. 103 I GG allein gewährleistete Mindestmaß [125] hinaus. Aber gerade weil Art. 103 I GG die Menschenwürde zu schützen bestimmt ist und nur ein Minimum an rechtlichem Gehör für alle gerichtlichen Verfahren fordert, könnte man zu der Folgerung gelangen, daß er in seinem ganzen Umfang Menschenrechtsgehalt habe. Dann wäre er allerdings eine Ausnahmeerscheinung im Kreise der Rechte des GG; denn im allgemeinen wird heute angenommen, daß jedes Grundrecht [126] sich aus einem unantastbaren Kernbereich mit Menschenrechtsgehalt und einem vom Staat erst gewährten und deshalb auch abänderbaren und entziehbaren Randbereich zusammensetzt [127].

Das Bundesverfassungsgericht [128] scheint jedoch anzunehmen, daß dies auch für Art. 103 I GG gilt. In einem Fall, in welchem Art. 103 I GG gleich zweimal

---

123 So auch schon Baur AcP 153, 394.

124 Jagusch NJW 59, 266 f; Arndt NJW 59, 1298; deshalb geht Röhl NJW 58, 1269 zu weit, wenn er meint, mit einer Verfahrensbestimmung sei in der Regel gleichzeitig auch Art. 103 I GG verletzt. Unrichtig auch Peters, s. oben Anm 19.

125 BVerfGE 7, 53(57); BayVerfGHE 11, 190(195); VG Frankfurt DVBl 59, 896; MD Art. 103 Rn 20; Pfeiffer 214; Schütz NJW 61, 584; v. Winterfeld NJW 61, 850; dagegen sieht Hamann AnwBl 58, 143 in Art. 103 I GG mehr als eine Mindestgarantie.

126 Ob Art. 103 I GG selbst ein Grundrecht enthält, muß zunächst noch offen bleiben; dazu unten § 5.

127 MD Art. 1 Rn 80; Wintrich, Grundrechte 19. 128 BVerfGE 9, 120 ff.

verletzt worden war, hat es trotzdem die erhobene Verfassungsbeschwerde nach § 91 a BVerfGG verworfen, da die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten gewesen sei noch dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Sachentscheidung ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstehen würde [129]. Bei der Auslegung des Begriffs "schwerer Nachteil" stellt das Bundesverfassungsgericht u.a. darauf ab, "wie intensiv die dem Beschwerdeführer widerfahrene Grundrechtsverletzung seine Persönlichkeit berührt" und kommt zu dem Ergebnis, daß im konkreten Falle keine ernstliche Beeinträchtigung der Persönlichkeit vorgelegen habe. Hätte das Gericht hier angenommen, der Beschwerdeführer sei in seiner Menschenwürde getroffen, so hätte es eine ernstliche Beeinträchtigung der Persönlichkeit nicht verneinen können. Es ergibt sich also, daß das Bundesverfassungsgericht durchaus eine Verletzung von Art. 103 I GG ohne Berührung seines Menschenrechtsgehalts für möglich hält [130]. Dem ist, ohne daß damit zu der eben erwähnten Entscheidung im übrigen Stellung genommen werden müßte, zuzustimmen. Es ist ein dringendes Gebot, den Grundsatz von der Menschenwürde nicht bei jeder kleinen Verletzung von Art. 103 I GG zu bemühen. Das wird klar, wenn man sich den wirklichen Anwendungsbereich des Art. 1 I GG vor Augen hält [131]. Man könnte sich auch schwer vorstellen, daß es dem Verfassungsgeber gelungen sein sollte, mit der Formu-

---

129 Ob hier überhaupt Art. 103 I GG berührt war, könnte zweifelhaft erscheinen. Es handelte sich um ein auf die Verurteilung im Strafverfahren folgendes Kostenfestsetzungsverfahren durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle mit anschließender Entscheidung des Amtsgerichts auf die Erinnerung hin und des Landgerichts als Beschwerdeinstanz. Die eigentliche Entscheidung über die Rechtslage erfolgte also im Strafurteil, das auch über die Kosten befand. Dem schloß sich eine Verwaltungsentscheidung des Urkundsbeamten an. Anstatt gegen diese nun den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen, hat der Gesetzgeber die notwendige richterliche Korrekturmöglichkeit der näherstehenden Strafgerichtsbarkeit anvertraut. Es handelt sich um echte richterliche Tätigkeit. Art. 103 I GG verlangte also rechtliches Gehör. Das Beispiel zeigt, daß Art. 103 I GG nicht nur im Verfahren über die Hauptsache gilt, sondern auch bei Nebenentscheidungen erheblich werden kann. S. dazu genauer unten §§ 8-10, insbesondere § 9 II 5.

130 Dies scheint Kniestedt, Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 I GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91 a BVerfGG verworfen werden? NJW 59, 2052 (mit Entgegnung von Röhl ebenda), nicht gesehen zu haben, was seine hartnäckige Kritik (erneut zum selben Thema Kniestedt NJW 60, 853) an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verständlich macht.

131 Hierzu MD Art. 1 Rn 29 ff, auch mit Beispielen zu belangloser Heranziehung des Art. 1 I GG.

lierung des Art. 103 I GG gerade ausschließlich den Menschenrechtsgehalt des Satzes vom rechtlichen Gehör getroffen zu haben. Jedenfalls läßt Art. 103 I GG eine weitere Auslegung zu, die der Lebenswirklichkeit gerechter wird.

Allerdings läßt sich hier bei Art. 103 I GG ebensowenig wie bei den Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten des Katalogs eine allgemein gültige Abgrenzung vornehmen. Es wird nicht möglich sein, einzelne Erscheinungsformen und Auswirkungen des in Art. 103 I GG enthaltenen Rechts ein für alle mal von dessen Kernbereich zu trennen; sondern es bleibt bei jedem Teilanspruch denkbar, daß seine Verletzung je nach den Umständen gleichzeitig die Verletzung des Menschenrechtsgehalts des Art. 103 I GG bedeutet. Dabei wird der auf dem Spiel stehende materielle Wert, zB der des Streitgegenstandes, für die Grenzziehung vielleicht manchmal von Bedeutung sein können; ebenso wahrscheinlich wird er aber oft keine Rolle spielen; denn der in Geld ausdrückbare Wert eines Gegenstandes für einen Menschen ist von dessen wirtschaftlicher Lage abhängig, in ihrer Menschenwürde sind jedoch alle Menschen gleich.

2. Zweite Wurzel: Das Rechtsstaatsprinzip

Zum andern ist das Erfordernis rechtlichen Gehörs eng mit dem Rechtsstaatsprinzip verknüpft. Auch das entspricht heute der hM [132]. Wenn es auch umstritten ist, ob der Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte insgesamt wesentlich für den Begriff des Rechtsstaats ist [133], so wird doch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs mit Recht als ein im Rechtsstaat selbstverständlicher angesehen [134]. Wollte und könnte man diesen Grundsatz als solchen aus dem geltenden Recht streichen, so dürfte man in der Tat nicht mehr von einem Rechtsstaat sprechen. Wie notwendig das rechtliche Gehör mit dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit verbunden ist, zeigt die Formulierung, die das Oberste Rückerstattungsgericht

---

132 So vor allem Hamann NJW 56, 1940; derselbe AnwBl 58, 141; derselbe, Kommentar 418; weiter MD Art. 103 Rn 4; Baur AcP 153, 394 und 405; Arndt NJW 59, 1298; Bachof, Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Referat, gehalten auf der Weinheimer Tagung 1951 der deutschen Zivilprozeßlehrer, ZZP 65 (1952), 1 ff (5); Bettermann GR III 2, 641; Jagusch NJW 59, 265; Pfeiffer 214; Peters JZ 58, 435; Kniestedt NJW 60, 853; v. Winterfeld NJW 61, 850; Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956, 139; für die bayerische Verfassung: Nawiasky-Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, München und Berlin 1948, Erl. zu Art. 91; aus der Rechtsprechung: BVerfGE 1, 332 (347); 7, 95 (99); 9, 89 (95); BayVerfGHE 4, 21 (28); BGHZ 12, 96 (98); OLG Hamburg RzW 51, 204; OLG Köln JMBl NRW 56, 113; OLG Hamm JMBlNRW 57, 197 f; VGH Kassel NJW 56, 1940; LG München I MDR 50, 677.

133 Ablehnend zB MD Art. 20 Rn 92 mit Hinweis auf BVerfGE 8, 174 (181).

134 So insbesondere Hamann AnwBl 58, 141 und Kommentar 20.

in einem Falle der Verletzung des rechtlichen Gehörs gewählt hat [135]: "Worauf es hierbei" (dh im gerichtlichen Verfahren) "allein ankommt, ist, daß nicht nur tatsächlich Gerechtigkeit geübt werden muß, sondern auch, daß es offensichtlich sein muß, daß Gerechtigkeit geübt wird." Auch der betroffene Bürger muß merken, daß er nicht übergangen wird, sondern daß die Gerichtsbarkeit dazu dient, ihm sein Recht widerfahren zu lassen. Dazu besteht das rechtliche Gehör und der Rechtsstaat überhaupt. Allerdings wird man, da die Rechtsstaatlichkeit selbst eben nur ein unserer Verfassung zugrunde liegendes und sie mit beherrschendes Prinzip, aber keine exakte Norm ist, auch nur den Grundsatz des rechtlichen Gehörs als einen im Rechtsstaat unabdingbaren ansehen, nicht dagegen Art. 103 I GG in seiner ganzen Reichweite.

Für den Grundsatz an sich taucht dann die Frage auf, ob er auch an der Beständigkeit teilnimmt, die einzelne, in Art. 79 III GG genannte, Grundsätze im GG erlangt haben. Dies läuft auf die Frage hinaus, ob das Rechtsstaatsprinzip als Ganzes durch Art. 79 III GG verewigt ist, weil sich aus Art. 20 insgesamt erkennen läßt, daß die Bundesrepublik ein Rechtsstaat ist [136], oder ob Art. 79 III GG - er spricht von den "niedergelegten" Grundsätzen - streng seinem Wortlaut nach nur die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Gesetzmäßigkeit, die ausdrücklich in Art. 20 II und III hervorgehoben sind, meint [137]. Die Frage, deren Entscheidung wohl letzten Endes nicht vom Wortlaut abhängen darf, braucht hier jedoch nicht gelöst zu werden. Denn gleichgültig, ob der Grundsatz des rechtlichen Gehörs mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips gegen Verfassungsänderungen abgeschirmt wird, ergibt sich diese Folge bereits aus der Tatsache, daß Art. 103 I GG in seinem Kernbereich über Art. 1 I GG von Art. 79 III GG umfaßt ist. Hier zeigt sich, worauf Dürig [138] zu Recht hingewiesen hat, daß nicht auf das objektive Rechtsstaatsprinzip zurückgegriffen werden braucht, soweit der Rechtsstaatsbegriff seinem materiellen Inhalt nach von den Grundrechten erfüllt ist und daher eine Lösung unter Heranziehung des entsprechenden Grundrechts einfacher ist und zugleich überzeugender wirkt.

---

135 Zitiert nach Arndt NJW 59, 1301.

136 Statt vieler MD Art. 20 vor Rn 58.

137 Im ersten Sinne wohl Herrfahrdt in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar) von H. J. Abraham u. a., Hamburg 1950 (zitiert: BK), Art. 79 Erl II 3 aE; unklar MD Art. 79 Rn 48; v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953, 428 i. V. m. 139 f.

138 MD Art. 20 Rn 71.

Zweiter Teil

Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 103 I GG

§ 4

Art. 103 I GG als subjektives öffentliches Recht

I Die abstrakte Untersuchung

1. Zur Methode

a) Die Reihenfolge der Untersuchung

Wenn im folgenden zunächst gefragt werden soll, ob Art. 103 I GG dem einzelnen ein subjektives öffentliches Recht auf ein dieser Norm entsprechendes Verhalten der Gerichte verleiht, während einer späteren Prüfung vorbehalten bleiben mag, ob Art. 103 I GG auch ein Grundrecht gewährt, so könnte diese Reihenfolge bei oberflächlicher Betrachtung unzweckmäßig erscheinen. Sie legt nämlich den Einwand nahe, daß sich die Untersuchung der ersten Frage bei vorheriger Beantwortung und - immerhin möglicher - Bejahung der zweiten Frage erübrigen werde, weil damit gleichzeitig auch die erste bejaht sei. Dieser Einwand erweist sich aber sofort als nicht stichhaltig, wenn man sich darauf besinnt, daß infolge der Tendenz des GG zur Stärkung der Stellung des einzelnen gegenüber der Staatsgewalt die Grundrechtsbestimmungen [139] nach heutiger Auffassung zwar in der Regel, aber doch nicht stets, auch Grundrechte enthalten [140]. Käme man also bei vertauschter Reihenfolge der Prüfung zunächst zu dem Ergebnis, in Art. 103 I GG eine Grundrechtsbestimmung zu sehen, so wäre weiter zu prüfen, ob nicht eine Ausnahme von obiger Regel vorliegt, wie dies allgemein für Art. 6 V GG [141], teilweise aber zB auch für Art. 6 IV GG [142] angenommen wird, obwohl dieser, wie Art. 103 I GG, das Wort "Anspruch" enthält. Damit wäre man aber wieder bei der Frage angelangt, ob Art. 103 I GG ein subjektives öffentliches Recht gewährt, da sich hiernach mangels anderer

---

139 Die Ausdrücke "Grundrechtsbestimmung" und "Grundrecht" werden im Sinne von MK 79 gebraucht.

140 Vgl zB MK 83; Uber, Freiheit des Berufs, Hamburg 1952, 16; Dürig, MD Art. 1 Rn 96, will das, gestützt auf BVerfGE 6, 386 (387), schon aus Art. 1 III GG entnehmen; dagegen mit Recht Klein, MK 103.

141 MK 276; Bachof, Buchbesprechung, FamRZ 56, 398 (399).

142 So MK 276; für Grundrechtsqualität Bachof FamRZ 56, 399.

bei Art. 103 I GG zur Verfügung stehender Kriterien letztlich entscheidet, ob eine Grundrechtsbestimmung entsprechend der Vermutung ein Grundrecht enthält. Man wäre also doch gezwungen, die Frage nach dem subjektiven öffentlichen Recht zuerst zu beantworten und zöge keinen eine Vereinfachung herbeiführenden Gewinn mehr daraus, daß man sich auf die heute einhellige Lehre[141] stützen könnte, nach welcher alle Grundrechte auch subjektive öffentliche Rechte sind[144].

b) Der besondere Vorzug

Die hier gewählte Reihenfolge der Prüfung hat noch folgenden Vorzug: Gewährt Art. 103 I GG ein subjektives öffentliches Recht, so läßt sich feststellen, welchem Status des Bürgers dieses Recht zugehört. Die Erkenntnis der Art des Status wird sich nachher als hilfreich erweisen, wenn es um die Prüfung der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG geht. Das ist später auszuführen[145].

2. Zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts

a) Vorbemerkung

Da die Frage nach der Zugehörigkeit des Art. 103 I GG zu den subjektiven öffentlichen Rechten im Rahmen dieser Arbeit lediglich eine Vorfrage ist und ihre Lösung auch überhaupt wenig zweifelhaft sein dürfte[146], so erscheint es nicht erforderlich, hier ausgedehnte Erörterungen zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts anzustellen. Die wesentlichen Merkmale dieses Begriffs sind durch die sehr umfangreiche Literatur[147] heute als geklärt anzusehen. Deshalb genügt für den Zweck dieser Arbeit die Bezugnahme auf einige führende, in den wesentlichen Gedanken übereinstimmende Autoren[148]. Da das subjektive öffentliche Recht gegenüber dem subjektiven Recht an sich keine grundsätzlichen Besonderheiten aufweist, wird von diesem ausgegangen[149].

b) Die wesentlichen Stimmen in der Literatur

Nach Georg Jellinek[150] ist das subjektive Recht die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche

---

143 Im 19. Jahrhundert und zur Zeit der WRV war die Frage streitig; vgl MK 80.

144 Statt vieler: Bachof, Vornahmeklage 67, 74; MK 83.

145 S. unten § 5 III 3.

146 Trotzdem wird mitunter immer noch geleugnet, daß Art. 103 I GG ein subjektives Recht gewährt; vgl LG Stuttgart ZZP 67, 284.

147 Überblick bei Bachof, Jellinek-Gedächtnisschrift 291 Anm 16.

148 Dies geschieht nach dem Vorbild bei MK 83.

149 Vgl Bachof, Vornahmeklage 65.

150 System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905, 44 f.

Willensmacht. Diese ist das formale, das Gut oder Interesse das materielle Element im subjektiven Recht; etwas unklarer ist die Ausdrucksweise, das subjektive öffentliche Recht bestehe in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen [151]. Nach Walter Jellinek [152] ist es "eine dem öffentlichen Rechte angehörige Willensmacht, die dem Willensträger in seinem eigenen Interesse verliehen ist". Bachof [153] definiert noch etwas präziser das subjektive Recht als "die einer Person verliehene Willensmacht zur Befriedigung eines Eigeninteresses oder eines ihr durch die Rechtsordnung ausdrücklich zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragenen Interesses". An anderer Stelle [154] erklärt er das subjektive Recht inhaltlich als Willensmacht oder Rechtsmacht; seinem Zweck nach sei es "ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen, und zwar grundsätzlich der eigenen Interessen des Inhabers jener Rechtsmacht". Auch Dürig [155] schließt sich diesen Begriffsbestimmungen an, indem er im subjektiven Recht eine dem einzelnen durch das objektive Recht zuerkannte Rechtsmacht zum Zwecke der Befriedigung von Interessen des Inhabers jener Rechtsmacht sieht. Schließlich definiert ausführlich Bühler [156]: "Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf."

c) Die Abgrenzung zum Rechtsreflex

Oft bereitet die Abgrenzung des subjektiven Rechts vom bloßen Rechtsreflex Schwierigkeiten. Hier hilft es, den Sinn und Zweck der jeweiligen Rechtsnorm festzustellen. Wird der einzelne nicht nur aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit begünstigt, sondern dient die objektive Rechtsnorm wenigstens auch konkret bestimmbaren Individualinteressen, so ist ein subjektives Recht gegeben. Dabei spricht eine Vermutung für das subjektive Recht [157]. Dies ist die Folge daraus, daß das GG "den Eigenwert des Menschen grundsätzlich bejaht und die Wahrung seiner Individualinteressen gegenüber der öffentlichen Gewalt als berechtigt anerkennt" [158].

---

151 AaO 51.

152 Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (Neudruck) Offenburg 1948, mit Nachtrag 1950, 201.

153 Vornahmeklage 64.

154 Jellinek-Gedächtnisschrift 292. 155 MD Art. 19 IV Rn 34.

156 Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914, 224, vgl auch 21.

157 Bachof, Jellinek-Gedächtnisschrift 296; MD Art. 19 IV Rn 36.

158 Bachof, Vornahmeklage 73.

d) Die Durchsetzungsmöglichkeit als Kriterium des subjektiven Rechts

Welchen Zweck die Rechtsordnung mit der Einräumung der Begünstigung an den einzelnen verfolgt, braucht jedoch dann nicht ermittelt werden, wenn dem einzelnen die Möglichkeit gegeben ist, die ihm gewährte Begünstigung im Wege eines gerichtlichen Verfahrens zu erzwingen. Damit tut die Rechtsordnung kund, daß sie einem Individualinteresse entsprechen will. Dies ist in der Literatur unstreitig: Bei gerichtlicher Verfolgbarkeit liegt stets ein subjektives Recht vor[159]. Wenn Bachof[160] sogar schreibt, die Einräumung gerichtlicher Verfolgbarkeit für ein rechtlich geschütztes Interesse bedeute stets die Ausgestaltung und Erhebung desselben zum subjektiven Recht, so läßt er doch keinen Zweifel daran, daß eine "Ausgestaltung" und "Erhebung" zum subjektiven Recht nur dann in Frage kommt, wenn ohne gerichtliche Durchsetzbarkeit noch kein subjektives Recht vorlag, was möglich, aber nicht notwendig ist. Denn umgekehrt heißt es bei ihm: "Ein Recht hört nicht deswegen auf, ein Recht zu sein, weil Rechtsbehelfe zu seiner Verwirklichung fehlen"[161]. Diesem Satz kann allerdings nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Es ist immerhin denkbar, daß der - gleichstarke oder stärkere - Gesetzgeber, der einen Rechtsreflex durch Gewährung einer Durchsetzungsmöglichkeit zum subjektiven Recht erhoben hat, dieses durch Aufhebung des Rechtsbehelfs wieder zum Rechtsreflex herabsinken läßt. Denn die Rechtsordnung ist als eine Einheit aufzufassen, und so kann die Änderung eines klagegewährenden Verfahrensgesetzes Rückwirkungen auf die Auslegung eines andern (materiellen) Gesetzes haben. Dies bedeutet aber nicht, daß der tiefere, zB einfache Gesetzgeber schmälernd auf höheres, zB Verfassungsrecht einwirken kann, weil dem die Normenhierarchie entgegensteht.

3. Die Anwendung der Lehre auf Art. 103 I GG

a) Die Durchsetzungsmöglichkeit in § 90 BVerfGG

Das eben genannte Kriterium ist bei Art. 103 I GG gegeben. Durch die Aufzählung in § 90 BVerfGG ist die durch Art. 103 I GG gewährte Begünstigung stets gerichtlich verfolgbar gemacht worden. Das BVerfGG hat die Lücke ausgefüllt, die vorher noch im Rechtsschutz des rechtlichen Gehörs bestand, da es gerade die Fälle erfaßt, wo bisher mangels einer weiteren regulären gerichtlichen Instanz keine Abänderung einer den Art. 103 I GG verletztenden gerichtlichen Entscheidung möglich war. Zwar bleibt auch jetzt noch eine verschwindend kleine Lücke bestehen: Die Verfassungsbeschwerde zum hier jetzt zuständigen

---

159 G. Jellinek, System 106; Bachof, Vornahmeklage 65; derselbe, Jellinek-Gedächtnisschrift 300.

160 Jellinek-Gedächtnisschrift 300. 161 Vornahmeklage 65 mwN.

zweiten Senat [162] mit der Behauptung, das Bundesverfassungsgericht selbst habe durch sein Verfahren gegen Art. 103 I GG verstoßen, ist unzulässig, gleichgültig, ob sie sich gegen eine Entscheidung des ersten oder des zweiten Senats richtet [163]. Für den ersten Fall hat dies das Bundesverfassungsgericht selbst schon ausgesprochen [164] und mit der Gleichordnung beider Senate begründet. Für den andern Fall ergibt es sich aus der Rechtskraft der Entscheidung. Jedoch ist die Wahrscheinlichkeit einer dadurch unrügbaren Verletzung des Art. 103 I GG so gering, daß dieser Fall außer Betracht bleiben kann, wenn es um die Bedeutung des § 90 BVerfGG für die hier zu entscheidende Frage geht. Diese Lücke ist zudem durch Schaffung eines neuen Rechtsbehelfs, und sei es auch nur einer Gegenvorstellung, nicht schließbar, weil damit wieder eine neue Lücke entstehen würde. Hier hilft nur das Vertrauen auf ein einwandfreies Verfahren des Bundesverfassungsgerichts und die Wertschätzung einer endgültigen Entscheidung, also der Rechtssicherheit.

Demnach bescheinigt § 90 BVerfGG, daß Art. 103 I GG ein subjektives Recht gewährt. Jedoch hat § 90 BVerfGG insofern nur deklaratorische Wirkung.

b) Das Wort "Anspruch"

Dafür spricht der klare Wortlaut des Art. 103 I GG mit der Verwendung des Ausdrucks "Anspruch". Andernfalls müßte es etwa heißen: "Die Gerichte sind verpflichtet, jedermann anzuhören." Das Wort "Anspruch" ist dem Privatrecht entnommen und bedeutet dort nach § 194 I BGB "das (subjektive) Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". Der Anspruch (Hauptfall: das Forderungsrecht) ist dort eine Erscheinungsform des subjektiven Rechts neben dem Beherrschungs- und dem Gestaltungsrecht [165]. Dasselbe gilt für das öffentliche Recht [166]. Auch hier zeigt das Bestehen eines Anspruches das subjektive Recht an [167]. Schon aus diesem Grunde leuchtet die Meinung von

---

162 § 14 BVerfGG i.V.m. dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 13.10.1959 (BGBl I 673).

163 Lechner, BVerfGG 262; Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952, 283.

164 BVerfGE 1, 89; 7, 17 (18).

165 Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959, 439 ff mwN; etwas abweichend Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl. Berlin 1960, 72 ff, der in Herrschafts- und Gestaltungsrechte einteilt und von den ersteren sagt, daß sie Ansprüche erzeugten und Anspruchsrechte seien (89).

166 Bachof, Jellinek-Gedächtnisschrift 293.

167 Hans-J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. München und Berlin 1959, 209.

Klein [168] nicht ein, Art. 6 IV GG gewährte kein subjektives Recht, obwohl von einem Anspruch die Rede ist.

c) Der Sinn und Zweck des Art. 103 I GG

Schließlich ergibt aber auch der Zweck der Vorschrift, daß sie ein subjektives Recht gewährt. Art. 103 I GG ist nämlich einem Interesse der Einzelperson zu dienen bestimmt. Das ist oben [169] bereits ausgeführt.

4. Ergebnis

a) Art. 103 I GG ist subjektives öffentliches Recht aus zwei Gründen

Das durch Art. 103 I GG gewährte subjektive Recht ist nun noch genauer zu kennzeichnen. Da die Norm das Verfahren vor den Gerichten betrifft, gehört sie dem Verfahrensrecht an [170]. Sie stellt aber auch Verfassungsrecht dar, weil sie im GG ihren Platz gefunden hat [171]. Sie zählt also aus zwei Gründen zum öffentlichen Recht. Das durch sie gewährte subjektive Recht ist damit ein subjektives öffentliches Recht [172]; es richtet sich gegen den Staat als Hoheitsträger.

b) Keine Drittwirkung

Eine Drittwirkung gegen Gleichgeordnete im privaten Rechtsverkehr kommt nicht in Frage. Höchstens insofern könnte durch das subjektive Recht aus Art. 103 I GG jemand außer dem hoheitlich handelnden Staat verpflichtet sein, als man die Geltung der Vorschrift für das schiedsrichterliche [173] Verfahren nach den §§ 1025 ff ZPO bejahen würde. Dies kann jedoch nicht geschehen [174]. Wie

---

168 MK 276.

169 S. oben § 3 II 1 a.

170 BayVerfGHE 4, 21 (28); BGHZ 27, 163 (169); BFHE 64, 211 (214); MD Art. 103 Rn 9.

171 Vgl zB BayVerfGHE 4, 21 (28); 6, 136 (139); 11, 90 (93); 11, 190; BVerwG BaWüVBl 57, 8; BGHSt 10, 358 (361); 13, 123; VGH Kassel NJW 56, 1940; OLG Hamm JMBlNRW 57, 197 f; OLG Köln JMBlNRW 56, 113.

172 Löwe 445, 447; BayVerfGHE 5, 30 (40); 6, 136 (139); 11, 90 (93); 11, 190; BVerwG BaWüVBl 57, 8; BGHSt 10, 358 (361); 13, 123; BDHE 3, 120; OVG Münster MDR 55, 377 f. Hierbei sind die zahlreichen Entscheidungen nicht aufgeführt, in denen vom "Anspruch auf rechtliches Gehör" die Rede ist, da sie lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholen.

173 Ganz auszuscheiden hat der Schiedsgutachtervertrag. Hier findet nicht einmal der (rein prozessuale) Grundsatz des rechtlichen Gehörs Anwendung, da gar kein Verfahren der Erstattung des Gutachtens vorausgeht. So mit Recht BGHZ 6, 335 (341); BGH NJW 55, 665; MD Art. 103 Rn 84.

174 Gegen die Anwendung des Art. 103 I GG auf Schiedsgerichte BGH NJW 59, 2213 (2214); MD Art. 103 Rn 84; Hamann AnwBl 58, 144; aM derselbe,

sich aus der Stellung des Art. 103 I GG ergibt, versteht die Vorschrift unter Gerichten nur die staatlichen Gerichte im Sinne des Art. 92 GG. Davon ist die Frage zu trennen, ob im schiedsrichterlichen Verfahren nicht trotzdem rechtliches Gehör zu gewähren ist. Sie ist, wie die §§ 1034 I 1 und 1041 Nr 4 ZPO zeigen, zu bejahen [175]. Jedoch muß sich dieses rechtliche Gehör nicht immer mit dem von Art. 103 I GG gewährten inhaltlich decken.

II Das in Art. 103 I GG verwirklichte Statusverhältnis

1. Die Statuslehre

Alle subjektiven öffentlichen Rechte lassen sich auf ein, mitunter auch auf mehrere Statusverhältnisse zurückführen. Diese von Georg Jellinek [176] begründete und allgemein übernommene Lehre besagt etwa folgendes: Der einzelne steht zum Staate in einer Reihe verschiedenartiger Beziehungen; hierdurch entstehen rechtlich relevante Zustände. Aus diesen Zuständen ergeben sich subjektive öffentliche Rechte. Georg Jellinek unterscheidet vier solcher Statusverhältnisse.

a) Der passive Status

Als Grundverhältnis bezeichnet er den passiven Status (status subiectionis) [177]. Dieser Status ist jedoch für die Einteilung der subjektiven öffentlichen Rechte uninteressant; denn aus ihm ergibt sich nur die Pflichtbezogenheit des einzelnen zum Staate, aber kein subjektives Recht. Deshalb wird dieses Verhältnis von neueren Autoren bei der Statuslehre nicht mehr erwähnt [178].

b) Der aktive Status

Georg Jellinek unterscheidet weiterhin den status activus. Er ist der Status des für den Staat handelnden einzelnen, der zB die sogenannten politischen Rechte ausübt; er enthält die staatsbürgerlichen, demokratisch-politischen Rechte [179]. Auch er kann hier vernachlässigt werden, da er im Rahmen dieser Arbeit keine Bedeutung hat.

c) Der negative Status

Wichtig ist hier jedoch der negative Status (status libertatis); das ist das Ver-

---

Kommentar 422.

175 Ohne auf Art. 103 I GG einzugehen, bejaht Löwe 305 die Notwendigkeit rechtlichen Gehörs im Schiedsgerichtsverfahren, weil es sich um Rechtsstreitentscheidung handle.

176 System 86 ff. 177 System 86.

178 Vgl zB Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (Neudruck) Zürich 1939, 177; Bachof, Vornahmeklage 67; MK 59.

179 System 87; MK 59.

hältnis der Freiheit vom Staate [180]. Er erschöpft sich nicht in den im individuellen Interesse gesetzlich anerkannten Freiheiten, sondern umschließt noch eine fast unübersehbare Fülle ihrem Wesen nach den formulierten verfassungsmäßigen Freiheiten gleichartiger Richtungen [181]. Aus diesen Freiheitsrechten, die zu den Beherrschungsrechten gehören, also die Rechtsmacht verleihen, auf Sachen, Personen oder Rechte unmittelbar einzuwirken oder fremde Einwirkungen auszuschließen [182], fließen nun auch einzelne Ansprüche auf Unterlassung und Aufhebung der diese Normen überschreitenden obrigkeitlichen Befehle [183]. Georg Jellinek [184] spricht geradezu von einem allgemeinen Anspruch auf Anerkennung des negativen Status.

d) Der positive Status

Dieser eben erwähnte Anspruch leitet über zum positiven Status (status civitatis). Er ist die Basis für die Gesamtheit staatlicher Leistungen im individuellen Interesse [185], also für alle richterlichen und Verwaltungsakte überhaupt [186]. Für diese Arbeit besonders wichtig ist es, wenn Georg Jellinek [187] den Anspruch auf Rechtsschutz, den man direkt als das wesentlichste Merkmal der Persönlichkeit überhaupt bezeichnen könne, als den bedeutsamsten, gleichsam aus dem Zentrum des positiven Status entspringenden Anspruch ansieht [188]. Auch von

---

180 G. Jellinek, System 87, 102 ff. Klein, MK 59, zählt auch die Gleichheitsrechte hierher, wohl im Hinblick auf die Ausdrucksweise in Art. 3 III GG: "Niemand darf... benachteiligt oder bevorzugt werden." Die geforderte Gleichheit kann zwar manchmal darin bestehen, daß der Staat Eingriffe unterläßt; oft aber wird dem Gleichheitssatz nur durch ein positives Verhalten des Staates entsprochen.

181 So mußte G. Jellinek noch sagen. Heute ist der negative Status ausnahmslos gesetzlich anerkannt. Jede nicht durch Einzelbestimmungen garantierte Freiheit fällt unter Art. 2 I GG; vgl hierzu statt vieler MD Art. 1 Rn 87 f.

182 Vgl Bachof, Jellinek-Gedächtnisschrift 293.

183 G. Jellinek, System 103; Bachof, Jellinek-Gedächtnisschrift 293.

184 System 105, 128. 185 G. Jellinek, System 87, 121; MK 59.

186 Die hier nicht genannte Gesetzgebung kommt im allgemeinen nicht in Betracht. Ob der einzelne dann einen Anspruch auf Tätigwerden des Gesetzgebers hat, wenn ein Gesetz schon vom Verfassungsgeber verheißen wurde, und wie der Anspruch geltend zu machen wäre, ist noch nicht geklärt; vgl MD Art. 1 Rn 95 Anm 5; weiter BVerfGE 8, 1; 8, 210; BVerwG NJW 61, 696. 187 System 124.

188 Der Begriff des Rechtsschutzanspruches bei G. Jellinek ist nicht zu verwechseln mit dem von einer Reihe Autoren der älteren Prozeßrechtswissenschaft geprägten: Namentlich Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts,

andern Autoren ist seine Bedeutung als Recht des positiven Status erkannt worden. So bezeichnet Goldschmidt [189] den mit dem Rechtsschutzanspruch im Sinne Jellinek's identischen Justizgewährungsanspruch als eine Kategorie des Staatsrechts. Er sei mit der Anerkennung der Persönlichkeit oder des status civitatis ohne weiteres gegeben. Groh [190] reiht ihn ebenfalls in das Staatsrecht ein, sieht in ihm ein subjektives öffentliches Recht [191] und sagt von ihm, daß er die Vornahme von prozessualen Handlungen im weitesten Sinne durch die Organe der Rechtspflege zum Gegenstand habe [192]. Auch sonst wird er in der prozeßrechtlichen [193] und staatsrechtlichen [194] Literatur den Rechten des positiven Status zugerechnet.

Dieser Meinung ist zuzustimmen. Der Justizgewährungsanspruch ist als subjektives öffentliches Recht des positiven Status anzuerkennen. Dies ergibt sich daraus, daß der Staat, der die Selbsthilfe grundsätzlich untersagt hat, seinen Rechtsschutz nicht allein um des Staates willen bereitstellt, sondern auch, um dem Bürger einen Ersatz zu bieten [195]. Gewiß ist an der abweichenden Auffassung Habscheid's [196] soviel richtig, daß der Staat auch im eigenen Interesse

---

1. Bd. Leipzig 1885, 19 ff (21 f) und Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900, 145 f sowie derselbe, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil Leipzig 1912, 291 ff (293), verstehen unter dem Rechtsschutzanspruch den Anspruch des Berechtigten auf ein günstiges Urteil. Im Sinne Jellinek's dagegen schon Bülow, Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechts, ZZP 27 (1900), 201 ff (216 ff); Degenkolb 48; vor allem Groh 147 ff (insbesondere 168 f). G. Jellinek selbst (Anm auf Seite 125) erklärt die Kontroverse für das Staatsrecht als bedeutungslos.

Eine eigenartige Stellung nimmt Habscheid ZZP 67, 188 ff (191) ein. Er leugnet völlig den Rechtsschutzanspruch. Der Staat werde nicht um des einzelnen willen tätig, sondern weil es seine elementare Aufgabe sei, Interessengegensätze auszugleichen und so den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Habe man dies erkannt, so erscheine die Lehre vom Rechtsschutzanspruch lebensfremd. Habscheid meint dies damit begründen zu können, daß er anführt, es gebe keine Möglichkeit, um den Rechtsschutzanspruch als solchen im Klagewege durchzusetzen. Dies schließt aber das Vorliegen eines Rechts nicht aus; vgl. Löwe 445, der Habscheid's Konstruktion kritisiert; s. auch oben I 2 d.

189 Der Prozeß als Rechtslage 263 f.
190 ZZP 51, 169.
191 AaO 160 f.
192 AaO 147 f.
193 Rosenberg 8; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I Göttingen 1952, Rn 7 f.
194 MD Art. 19 IV Rn 2 aE; MK 59; Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: HDStR II, 607 ff (622).
195 Vgl Baur AcP 153, 396.
196 S. oben Anm 188.

handelt, weil er den Rechtsfrieden wahren will, aber darin liegt nicht der einzig verfolgte Zweck. Dies folgt für die Zeit seit dem GG aus dessen besonders in den Art. 1, 19 IV, 20 und 28 zum Ausdruck gekommener Anerkennung des Eigenwerts des Menschen und seiner Individualinteressen [197], ferner des Rechts- und Sozialstaatsprinzips. Damit erübrigt sich die früher versuchte, jedoch stets zwangsläufig lückenhafte Ableitung des Rechtsschutzanspruchs aus verstreuten Einzelvorschriften des Prozeßrechts.

2. Die Einordnung des Art. 103 I GG

a) Vorbemerkung

Wenn nun geprüft werden soll, welchem Status das in Art. 103 I GG gewährte subjektive öffentliche Recht zugehört, so kann dies nicht geschehen, ohne daß wenigstens in groben Zügen eine Vorstellung vom Inhalt dieses Rechts besteht. Denn von der inhaltlichen Ausgestaltung hängt es ab, ob der Staat zu einem Unterlassen oder zu einem Tun verpflichtet ist oder gar der einzelne am staatlichen Geschehen mitwirken darf. Trotzdem kann diese Arbeit hier und überhaupt auf eine Darstellung des Inhalts des Rechtes aus Art. 103 I GG verzichten, da dieser Komplex schon sorgfältig untersucht und weitgehend geklärt ist [198]. Den Ausführungen Löwe's kann, soweit sie für die Statusfrage von Bedeutung sind, durchweg zugestimmt werden; sie werden daher zugrunde gelegt. Obwohl Löwe den Inhalt entsprechend seinem von hier abweichenden Verständnis des Ursprungs, Sinns und Zwecks des Rechts bestimmt, folgen seine Ergebnisse auch aus der oben [199] dargelegten Auffassung.

b) Recht des status activus?

Für Art. 103 I GG ist, soweit ersichtlich, noch nicht behauptet worden, daß er ein Recht des aktiven Status gewähre [200]. So könnte dieser Status sofort ausgeschieden werden, wenn nicht die entgegengesetzte Meinung Klein's zum Petitionsrecht eine kurze Behandlung erforderte. Denn Art. 17 GG weist eine gewisse Ähnlichkeit zu Art. 103 I GG auf: beidemal ist jedermann das verfahrensmässige Recht gewährt, einer staatlichen Stelle seine Meinung zu unterbreiten, damit diese Stelle eine dem einzelnen günstige Entscheidung treffe. Klein [201] sieht nun in Art. 17 GG (auch) ein aktives Statusrecht, nämlich insoweit, als durch seine Betätigung an der Staatsgewalt mitgewirkt werde. Eine richtige Mitwirkung

---

197 S. oben I 2 c. 198 S. oben zu Anm 41. 199 S. oben § 3 II.

200 Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung 28 f, schreibt allerdings, das rechtliche Gehör solle den staatsbürgerlichen Status des einzelnen sichern. Dabei dürfte es sich wohl um ein Mißverständnis handeln.

201 MK 507.

ist jedoch schwerlich erkennbar. Art. 17 GG ist kein Recht des Staatsbürgers (citoyen), sondern dient dem Individualinteresse. Art. 17 GG bildet nur die Grundlage für den Anstoß zu staatlicher Tätigkeit, aber an dieser Tätigkeit ist der einzelne nicht mehr beteiligt. Jeder Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsakts ist zB auch ein derartiger Anstoß, und doch wird man nicht den Antragsteller als an der Verwaltung mitwirkend ansehen. Deshalb ist gegen Klein der herrschenden Meinung zuzustimmen, die in Art. 17 GG kein Mitwirkungsrecht sieht [202]. Ebenso ist für Art. 103 I GG zu entscheiden. Denn auch hier übt der Bürger nicht irgend eine Tätigkeit am Staate aus, sondern seine vom Eigeninteresse bestimmte Rechtsausübung beeinflußt lediglich das staatliche Verhalten.

c) Recht des status positivus

Der Schlüssel zur richtigen Einordnung des Rechtes aus Art. 103 I GG ist der Zusammenhang des rechtlichen Gehörs mit dem bereits erwähnten Rechtsschutz- oder Justizgewährungsanspruch. Schon Degenkolb [203] spricht geradezu vom Recht auf rechtliches Gehör, wenn er den Justizgewährungsanspruch meint; das rechtliche Gehör im uns geläufigen Sinne findet bei ihm keine besondere Beachtung. Goldschmidt [204] trennt den staatsrechtlichen Anspruch auf Justizgewährung von der prozessualen Aussicht auf Gehör, hält jedoch den Unterschied für nicht so einschneidend. Groh [205] hat beide Begriffe zuerst am schärfsten erfaßt. Nach ihm ist das Parteigehör eine Erfüllungsphase des Anspruchs auf Rechtspflege (Justizgewährungsanspruch). Ein eigenes Recht auf rechtliches Gehör will er aber anscheinend nicht anerkennen. Diese Hinweise auf den bestehenden Zusammenhang hat Baur [206] wieder aufgegriffen. So schreibt er, die Erfüllung der Justizgewährungspflicht erfordere vielfache Maßnahmen des Staates, unter anderem auch die Regelung des gerichtlichen Verfahrens [207]. Dazu gehört auch das rechtliche Gehör. Die Ansprüche auf Justizgewährung und auf rechtliches Gehör werden bei Baur vor allem durch die ihnen gemeinsame Schutznorm des Art. 103 I GG zusammengehalten [208]. Löwe [209] allerdings meint, Justizgewährungsanspruch und rechtliches Gehör ließen sich durch Art. 103 I GG nicht verschmelzen, weder innerlich noch äußerlich.

Ein Zusammenhang besteht aber tatsächlich, obwohl der Justizgewährungsanspruch nicht in Art. 103 I GG enthalten ist. Faßt man den Rechtsschutzanspruch

---

202 Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. Berlin 1933, 580; Bachof, Vornahmeklage 75 f mwN; derselbe, Jellinek-Gedächtnisschrift 293; Mattern, Petitionsrecht, in: GR II, 623 ff (627 f).

203 Durchgehend. 204 Der Prozeß als Rechtslage 264. 205 ZZP 51, 147 ff.

206 AcP 153, 393 ff. 207 AaO 396. 208 AaO 398 f.

209 Löwe 96 ff, insbesondere 103 ff (106).

mit der herrschenden Meinung als das Recht des einzelnen auf, bei behaupteter Verletzung seiner subjektiven privaten und öffentlichen Rechte vom Staate Rechtsschutz durch die Gerichte verlangen zu können, so zerfällt dieser Anspruch innerhalb eines Verfahrens, wie von Groh[210] dargelegt, in eine Vielzahl von Erfüllungsphasen. Hierunter fallen vornehmlich die Entgegennahme von Erklärungen, die Belehrung und Vermittlung, die Vornahme von Realakten, die Beweisaufnahme, die Entscheidungen des Gerichts und eben auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Obwohl dieses durch Art. 103 I GG als selbständiges Recht gewährt wird, ist es demnach gleichzeitig Teil eines umfassenderen Rechts.

Damit besteht aber mindestens die Vermutung, daß das Recht auf rechtliches Gehör ebenso wie der Justizgewährungsanspruch dem positiven Status zugehört. Diese wird bestätigt, wenn man sich die einzelnen Pflichten des Gerichts zur Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Augen hält, wie sie insbesondere von Löwe herausgearbeitet worden sind. Er gliedert den Inhalt des Rechtes in die beiden Bereiche des "Hören" und "Gehörtwerden"[211]. Der Beteiligte muß einmal Gelegenheit haben, vom gesamten Prozeßstoff Kenntnis zu nehmen, davon zu hören. Das erfordert als positives Tun des Gerichts die Mitteilung des Prozeßstoffes, insbesondere der Erklärungen des Gegners, der Ergebnisse von Beweisaufnahmen[212]. Darüber hinaus ist das Gericht verpflichtet, eine möglicherweise als Grundlage der Entscheidung dienende, bisher nicht berücksichtigte Rechtsauffassung anzudeuten[213]. Zum andern muß dem Beteiligten ermöglicht werden, sich zu äußern; er muß mit seinen Ausführungen gehört werden. Das Gericht hat hiernach die weitere positive Pflicht, den Beteiligten anzuhören, ihm sein Ohr zu leihen[214]. Diesen Pflichten entsprechen subjektive öffentliche Rechte des Rechtsschutz Begehrenden auf das eben beschriebene positive staatliche Tun[215] [216].

---

210 Vgl oben Anm 205.

211 Löwe 109. Diese grundlegende Gliederung kehrt auch in BVerwG DVBl 58, 174 f wieder.

212 So auch Hamann, Kommentar 420; MD Art. 103 Rn 61-64, wo die Parteien mit Recht zunächst auf eigene Tätigkeit bei der Kenntniserlangung verwiesen werden. Zu dieser Selbstverantwortung der Beteiligten auch Wolff, Verwirken der Verfahrensrüge durch den Angeklagten, NJW 53, 1656 ff (1658); BVerfGE 5, 9 (10); BVerwGE 8, 149.

213 Arndt NJW 59, 6 ff; 1298 ff; 60, 1193; Dahs, Rechtsgespräch im Strafverfahren, NJW 61, 1244, mit Hinweis auf BGH NJW 60, 2106; BVerwG NJW 59, 2227; 61, 891; aM MD Art. 103 Rn 28.

214 MD Art. 103 Rn 28; Hamann, Kommentar 420; v. Winterfeld NJW 61, 851.

215 Hamann, Kommentar 420; derselbe AnwBl 58, 142.

216 Kein Recht des positiven Status kann Art. 103 I GG für Wertenbruch sein. In

d) Recht des status negativus

Die Zugehörigkeit zum positiven Status ist jedoch für das Recht aus Art. 103 I GG keine ausschließliche; es enthält auch Elemente, die zum negativen Status gehören[217]. In dieser doppelten Statuszugehörigkeit liegt nichts Außergewöhnliches. Für das Petitionsrecht zB nimmt die Literatur an, daß es unter anderem auch Freiheitsrecht ist[218]. Man kann sogar mit Klein[219] in jedem positiven Statusrecht ein negatives Element sehen: das Verbot, das Gebotene nicht zu tun[220].

Zu beachten ist allerdings folgendes: Art. 103 I GG kann sicher kein Recht des negativen Status im Sinne eines vorstaatlichen Freiheitsrechts sein. Rechtliches Gehör setzt Gerichte, also den Staat voraus. Trotzdem hindert dies nicht, Art. 103 I GG als Freiheitsrecht zu sehen. Auch der Staat kann seine Macht zugunsten des einzelnen beschränken; unter Umständen ist er dazu kraft vorstaatlichen Rechts (Art. 1 I GG) gezwungen.

Für Art. 103 I GG ergibt sich zunächst als negative Pflicht des Gerichts das Gebot, den Prozeßbeteiligten bei seinen Erklärungen nicht zu stören und zu behindern[221], was besonders für Vernehmungen im Strafprozeß (§§ 243 III, 136 StPO) wichtig erscheint; das Gehör muß mehr sein als nur Verhör. Diese Nichtstörungspflicht tritt ergänzend zu der dem Recht auf "Gehörtwerden" dienenden Handlungspflicht. Ebenso wird die dem Recht auf "Hören" dienende positive Pflicht durch eine Unterlassungspflicht verstärkt. Hat das Gericht nämlich dem Beteiligten einmal keine Kenntnisnahme des Prozeßstoffes ermöglicht, vielleicht, weil eine Behörde zu Recht die Akteneinsicht verweigert hat, so darf dieser Teil des Prozeßstoffes für die Entscheidung nicht verwertet werden (Überraschungs- oder Verwertungsverbot[222]).

Beim Vergleich dieser Teilrechte ist jedoch zu erkennen, daß das Schwergewicht bei den Rechten des positiven Status liegt. Die Abwehrrechte haben nur ergänzende Funktion[223]. Denn bevor es zum Verhör kommen kann, muß

Grundgesetz und Menschenwürde, Köln und Berlin 1958, 202, will er bei Menschenrechten (das sind nach ihm die aus der Würde des Menschen fließenden Rechte) überhaupt nicht die Möglichkeit einer Zugehörigkeit zum positiven Status anerkennen.

217 S. oben Anm 215. 218 So die oben in Anm 201 f Genannten. 219 MK 61.

220 Mit Recht weist Klein, MK 61, darauf hin, daß oft auch negative Statusrechte positiv formuliert sind (jedermann hat das Recht, ...).

221 MD Art. 103 Rn 28; v. Winterfeld NJW 61, 851.

222 MD Art. 103 Rn 29; Hamann AnwBl 58, 142; Löwe 114, 138.

223 So dem Sinn nach auch Hamann AnwBl 58, 142; grundsätzlich anders, im Ergebnis jedoch ähnlich MD Art. 103 Rn 28 f.

der Betroffene überhaupt sprechen können und angehört werden. Und das Verwer tungsverbot ist nur Ausgleich für die primär gebotene Vermittlung des Prozeß- stoffes.

Einen abweichenden Standpunkt nimmt Heinzmann[224] ein. In seiner dem rechtlichen Gehör im Verwaltungsverfahren, dem sogenannten verwaltungsmäßi gen Gehör, gewidmeten Arbeit geht er richtig vom allgemeinen Recht auf recht liches Gehör aus, das in zwei Arten zerfällt: das rechtliche Gehör vor Gericht und das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren. Seine sich auf das allgemei ne Recht auf rechtliches Gehör beziehenden Ausführungen wollen also auch Gül- tigkeit für das hier behandelte Recht aus Art. 103 I GG haben. Dieses allgemein Recht auf rechtliches Gehör sieht nun Heinzmann als in Art. 2 I GG, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, enthalten an. Eine Verletzung des recht lichen Gehörs bedeute immer eine Verletzung des Hauptfreiheitsrechts. "Art. 2 GG als Anspruchsgrundlage in Verbindung mit Art. 1 I GG als Wertmaßstab der Auslegung gewährleisten daher als letztlich eigentlicher Standort das allgemein rechtliche Gehör als subjektives öffentliches Recht."[225] Damit erklärt Heinz- mann auch das in Art. 103 I GG gewährte Recht auf rechtliches Gehör als aus- schließliches Freiheitsrecht[226] und leugnet seine Qualität als Recht des positive Status. Diese Folge versucht er dann später[227] abzuschwächen, wenn er, auf da verwaltungsmäßige Gehör bezogen, logischerweise aber ebenso auf das rechtli- che Gehör vor Gericht passend, schreibt, die Freiheitsrechte gewährten dem Be rechtigten grundsätzlich nur den Anspruch auf ein bestimmtes Unterlassen und dann fortfährt: "Wird dieser verletzt, so muß er sich folgerichtig in einen An- spruch auf ein Tun umwandeln (vgl Bachof, Vornahmeklage 86), da er nun nur noch auf Beseitigung der durch die Unterlassung[228] entstandenen Beeinträchti- gung gehen kann. Diese Umwandlung kann aber auch schon dann eintreten, wer der Einzelne seine ihm zustehende Gestaltungsfreiheit nicht mehr ohne 'Hilfe- stellung' durch den Staat ausüben kann, so zB im Verwaltungsverfahren. Weil hier ein bloßer Unterlassungsanspruch nicht mehr genügen kann, muß er sich schon vor der Verletzung zu einem Anspruch auf ein Tun verdichten. Inhalts-

---

224 Heinzmann 36 ff (39 f). 225 AaO 39.

226 Richtig dagegen, wenn man das Wörtchen "nur" einfügt, Hamann AnwBl 5 142: "... es geht also keineswegs an, in dem Anspruch auf rechtliches Ge- hör eine Konkretisierung des 'Muttergrundrechts' des Art. 2 I GG zu sehen.

227 AaO 47 f.

228 Die Worte "durch die Unterlassung" sind nicht verständlich. Der Anspruch auf Unterlassung kann nur durch positives Tun verletzt werden. Die dadurc entstandene Beeinträchtigung muß durch weiteres positives Tun beseitigt werden.

mäßig ist somit das Recht auf verwaltungsmäßiges Gehör ein Freiheitsrecht mit Unterlassungsanspruch, der durch einen Anspruch auf ein Tun durchgesetzt werden kann." Hieraus ist zu entnehmen, daß Heinzmann einen auf Art. 2 I GG gestützten, nicht nur auf Beseitigung einer Störung des Unterlassungsanspruchs gerichteten, Anspruch auf ein positives Verhalten des Staates bejaht.

Dem ist nicht beizutreten. Damit wäre Art. 2 I GG überfordert. Er reicht nicht aus, um den ganzen Inhalt des allgemeinen Rechts auf rechtliches Gehör zu decken. Heinzmann's Lösungsversuch ist nur aus der Zwangslage heraus zu verstehen, daß für das verwaltungsmäßige Gehör keine positive Spezialvorschrift im Range und von der Durchschlagskraft des Art. 103 I GG besteht. Aber die deshalb vielleicht bestehende Lücke im positivierten Recht kann mit Art. 2 I GG nicht geschlossen werden. Zwar entstehen aus den Freiheitsrechten einzelne Ansprüche auf Unterlassung von Störungen, und nach einer Verletzung besteht der Anspruch auf Beseitigung, aber diese Ansprüche zielen alle darauf ab, den Zustand zu erhalten oder wiederherzustellen, wie er sich ohne staatliche Einmischung und Beeinträchtigung darstellt[229]. Auf diesem "ohne den Staat" liegt die Betonung bei den Freiheitsrechten, also besonders bei Art. 2 I GG. Gestaltungsfreiheiten, Gestaltungsmöglichkeiten, bei denen der Staat positive Hilfeleistungen erbringen muß, fallen nicht mehr unter Art. 2 I GG. Beim rechtlichen Gehör geht es aber weder ausschließlich noch in erster Linie um die Freiheit vom Staate, sondern um ein Recht, das nur in der Begegnung mit dem Staate überhaupt praktisch wird und ein Eingreifen des Staates geradezu voraussetzt, wobei dann allerdings gewisse Grenzen eingehalten werden müssen, worin der auch freiheitliche Charakter des Rechts zum Ausdruck kommt.

3. Die Vollziehbarkeit des Art. 103 I GG

a) Die Lehre zur Frage der Vollziehbarkeit der Statusrechte im allgemeinen

Als einer der Hauptunterschiede zwischen positiven und negativen Statusrechten wird bisweilen mit guten Gründen herausgestellt, daß Freiheitsrechte unmittelbar vollziehbar seien, während es bei Rechten des status civitatis einer "Durchnormierung" durch Spezialgesetze bedürfe, um sie anwenden zu können[230]. Zwar wird diese Unterscheidung vornehmlich im Hinblick auf die Grundrechte gemacht; ihrem Inhalt nach ist sie jedoch auch auf die andern subjektiven öffentlichen Rechte anwendbar. Geleugnet wird der Unterschied aller-

---

229 Vgl Bachof, Vornahmeklage 129 f. Das aus Art. 2 I GG abgeleitete Recht auf Fürsorge ist eine systemwidrige Ausnahme. S. hierzu unten Anm 339.

230 H. Huber, Soziale Verfassungsrechte? in: Festgabe der juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 149 ff (157); vgl MD Art. 1 Rn 93 ff.

dings von Klein[231], wenn er meint, die liberalen Grundrechte bedürften unzweifelhaft ebenso notwendig der näheren Umschreibung wie die sozialen. Dies ist nicht recht einzusehen. Die unmittelbare Vollziehbarkeit der liberalen Rechte folgt gerade aus deren bei Klein[232] hervorgehobener Unbegrenztheit im Gegensatz zur prinzipiellen Begrenztheit der Sozialrechte. Zu Recht entnimmt Dürig[233] aus Art. 1 III GG eine Vermutung für die Vollziehbarkeit der Grundrechtsnormen, und zwar von Verfassungs wegen unmittelbar. Für die klassischen Freiheitsrechte und andere auf staatliches Unterlassen gerichtete Normen hält er sie für kaum widerlegbar, auf ein positives Tun des Staates gerichtete Grundrechte dagegen hält er ohne nähere Gesetzgebung nicht für vollziehbar. Richtig wird von Dürig[234] auch erkannt, daß der dem Art. 103 I GG verwandte Art. 101 I 2 GG hervon keine eigentliche Ausnahme bildet, da er, obwohl ein positives Statusrecht enthaltend, nur deshalb keine Spezialgesetze nach sich zog, weil er eine vollständige Regelung des gesetzlichen Richters bereits vorfand.

b) Anwendbarkeit der Lehre auf Art. 103 I GG?

Es fragt sich daher, ob diese Lehre auch für Art. 103 I GG Gültigkeit beanspruchen kann, ob also Art. 103 I GG notwendigerweise Vollzugsnormen erfordert oder ob er direkt anwendbar ist und selbständige Bedeutung für die Gerichte erlangen kann[235]. Dies läßt sich nicht einfach aus der Nachbarschaft und Ähnlichkeit zu Art. 101 I 2 GG begründen. Denn dieser gewährt seinem Wortlaut und eindeutigen Sinn nach das Recht auf einen durch Gesetze im voraus bestimmten Richter, er fordert also ausdrücklich Ausführungsgesetze. Davon ist in Art. 103 I GG jedoch nicht die Rede. Nur insofern läßt sich aus Art. 103 I GG ein Hinweis auf die einfache Gesetzgebung herauslesen, als die Vorschrift den auch in den Verfahrensgesetzen mitunter gebrauchten Ausdruck "rechtliches Gehör" verwendet. Darin liegt jedoch kein Befehl der Verfassung zum Erlaß einfacher Gesetze, es zeigt sich lediglich, daß mit Art. 103 I GG nicht völlig juristisches Neuland betreten wurde, sondern daß der Verfassungsgeber einen in den bereits vorhandenen einschlägigen Bestimmungen der Verfahrensgesetze ausschnittsweise zum Ausdruck gekommenen Gedanken aufgriff. Die Frage nach der Vollziehbarkeit muß also für Art. 103 I GG selbständig geprüft werden.

Dazu mag zunächst an folgendes erinnert werden: Wenn man davon spricht, daß positive Statusrechte nicht unmittelbar vollziehbar seien, so denkt man dabei in erster Linie an die Sozialrechte[236]. Für sie mag die These in der Regel auch zutreffen; so ist Art. 6 IV GG sicher zu unbestimmt, um unmittelbar ange-

---

231 MK 74. 232 MK 74. 233 MD Art. 1 Rn 93-95. 234 MD Art. 1 Rn 95.
235 Vgl Baur AcP 153, 393.
236 Vgl Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft (zitiert: R-St-W) IV (1953), 88 ff (97).

wendet werden zu können. Allgemein sind die Sozialrechte meist deshalb nicht sofort vollziehbar, weil sie neue Behörden, Verfahren, Mittel erfordern. Mit Art. 103 I GG verhält es sich anders: Er ist eins der wenigen positiven Statusrechte, die nicht zu den Sozialrechten gehören, sondern betrifft das seit langem bestehende gerichtliche Verfahren. Seine Bestandteile sind für den überwiegenden Teil aller in Frage kommenden Fälle eindeutig. "Vor Gericht", "jedermann" und "rechtliches Gehör" sind Begriffe, über deren Bedeutung und Anwendbarkeit in der überwiegenden Zahl aller Einzelfälle kein Zweifel möglich sein wird. Daß diese Begriffe in ihrer Reichweite zum Teil heftig umstritten sind, kann hier keine Rolle spielen; denn es gibt kaum eine Gesetzesvorschrift, an der sich noch keine Zweifelsfragen entzündet haben, und trotzdem werden die meisten Normen mit Recht für unmittelbar vollziehbar gehalten. Art. 103 I GG bietet zwar Auslegungs- und Subsumtionsschwierigkeiten im Einzelfall; aber wenn eine Norm unvollziehbar ist, so ist sie dies für alle Fälle, nicht nur für die zweifelhaften, kompliziert liegenden. Art. 103 I GG enthält also keine Hindernisse für eine unmittelbare Vollziehung. Dies gilt natürlich um so mehr, soweit es sich bei Art. 103 I GG um ein negatives Statusrecht handelt.

c) Die Meinungen hierzu in Schrifttum und Rechtsprechung

Bisher wurde mit der Mitteilung der in der Literatur zur Frage der Vollziehbarkeit vorhandenen Meinungen zurückgehalten; denn dort wird das Problem meist unter einem etwas abgewandelten Aspekt gesehen. Es wird nämlich das Verhältnis von Art. 103 I GG zu den einschlägigen Verfahrensrechtsvorschriften behandelt. Die Fragestellung lautet hier: Gewährt Art. 103 I GG das rechtliche Gehör so, wie es - entweder bei Erlaß des GG oder dem jeweiligen Stande nach - in den Normen des Prozeßrechts enthalten ist, oder ist Art. 103 I GG von den Prozeßordnungen unabhängig? Nicht mit jeder Antwort hierauf ist auch zugleich die Frage der Vollziehbarkeit geklärt; denn wenn Art. 103 I GG nicht nur das in den einfachen Gesetzen vorgeschriebene rechtliche Gehör übernimmt, bleibt offen, ob er vollziehbar ist oder weitere einfache Gesetze verlangt. Trotzdem hängen beide Fragen, die nach der unmittelbaren Vollziehbarkeit und die nach der Abhängigkeit vom Bestand des Prozeßrechts, eng miteinander zusammen; denn stellt man die Unabhängigkeit des Art. 103 I GG vom Prozeßrecht fest, so ist er auch direkt vollziehbar. Deshalb verdient auch die Abhängigkeitsfrage hier Beachtung. Hierzu nun haben sich verschiedene Meinungen gebildet, denen man manchmal auch die Stellung zur Frage der Vollziehbarkeit entnehmen kann. Sie wurden zwar teils in Bezug auf Art. 91 I BV geäußert; diese Norm stimmt aber wörtlich mit Art. 103 I GG überein und stellt damit dieselbe Frage zur Erörterung.

aa) Die Rechtsprechung des BayVerfGH

Die für die Abhängigkeit eintretende Meinung wurde insbesondere vom Bay

VerfGH[237] wie folgt begründet: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 91 I BV) gehe von dem entsprechenden Begriff des Prozeßrechts aus. Prozessuale Einschränkungen des Anwendungsbereiches des rechtlichen Gehörs seien auch für den Umfang des verfassungsmäßigen Rechts auf Gehör maßgebend, da der Verfassungsgesetzgeber in Art. 91 I BV kein neues Recht begründen, sondern an ein bereits bestehendes prozessuales Recht anknüpfen und dieses zum Rang eines verfassungsmäßigen Rechts habe erheben wollen. Diese Ansicht hat der Gerichtshof später nicht aufgegeben[238]; ihr haben sich für Art. 103 I GG andere obere Gerichte angeschlossen[239]; im Schrifttum ist sie vornehmlich von Karl Peters[240] vertreten worden[241].

Dürig[242] kritisiert mit Recht die These des BayVerfGH und stellt fest, dadurch würde Art. 103 I GG bedeutungslos, weil der Disposition des Gesetzgebers unterliegend, der nach dem GG seinerseits unter Art. 103 I GG stehen müsse. Das letzte wird zwar auch der BayVerfGH wohl nicht leugnen wollen. Es fragt sich aber, welche Bedeutung der den Gesetzgeber bindende Art. 103 I GG hat. Und da geht es doch zu weit, wenn man ihm stillschweigend einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt beifügt; denn das GG hat von dieser Möglichkeit betont sparsam Gebrauch gemacht. Hätte der Verfassungsgeber dies bei Art. 103 I GG wollen, so würde er es zum Ausdruck gebracht haben, etwa durch den Zusatz "nach Maßgabe der Gesetze". Andererseits darf man noch weniger annehmen, das GG habe dem zufällig 1949 gerade vorhandenen Bestand an Vorschriften über das rechtliche Gehör Unabänderlichkeit verleihen wollen. Das wäre willkürlich und sachlich unbegründet gewesen. So ist diese Theorie der Abhängigkeit des Art. 103 I GG vom geltenden Prozeßrecht, gleichgültig in welcher der beiden Varianten, von der herrschenden Meinung mit Recht abgelehnt worden[243]. Auch die überwiegende Rechtsprechung ist andere Wege gegangen.

bb) Die Rechtsprechung des BGH

So spricht gerade umgekehrt der Bundesgerichtshof[244] von einem ungeschriebenen, aber verbindlichen Satz des Verfahrensrechts, der aus dem Anspruch auf

---

237 BayVerfGHE 4, 21 (28).

238 BayVerfGHE 10, 1 (3); 11, 90 (94) allerdings unter der Einfügung, daß Inhalt und Umfang "regelmäßig" durch die verfahrensrechtliche Regelung der Prozeßgesetze bestimmt würden.

239 BVerwGE 7, 230; BVerwG DVBl 59, 777; KG NJW 54, 1410.

240 MDR 52, 139; JZ 58, 435.

241 Nicht ganz klar OLG Köln JMBlNRW 56, 113 und Schütz NJW 61, 584; beide lassen jedenfalls die Möglichkeit offen, daß bei Fehlen einer prozeßrechtlichen Norm Art. 103 I GG unmittelbar zum Zuge kommt.

242 MD Art. 103 Rn 23.

243 Vgl außer Dürig aaO auch Baur AcP 153, 395; Arndt NJW 59, 6 und 1298; Jagusch NJW 59, 266.

244 BGHSt 11, 88.

rechtliches Gehör folge (Art. 103 I GG), er meint also nicht die positivierten Einzelbestimmungen; an anderer Stelle [245] zieht er Art. 103 I GG zur Auslegung eines Gesetzes heran, was nicht möglich wäre, wenn Art. 103 I GG nur auf die Gesetze verweisen würde; schließlich geht zwar nach dem Bundesgerichtshof [246] Art. 103 I GG davon aus, daß die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen ist, aber diese können ausnahmsweise nicht ausreichen, sodaß dann der Verfassungssatz unmittelbar eingreift. Auch andere Gerichte gehen von der Unabhängigkeit des Art. 103 I GG aus [247].

cc) Die Rechtsprechung des BVerfG

Vor allem ist hier jedoch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kurz zu betrachten. Schon in der ersten Entscheidung [248] zu Art. 103 I GG nahm das Gericht an, diese Norm könne verletzt sein, ohne daß eine Verletzung des maßgeblichen Prozeßrechts vorliege. Bald darauf jedoch erweckte eine Entscheidung zu Art. 103 III GG den Anschein, als werde das Bundesverfassungsgericht sich der Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes anschließen, dessen Gedankengang es übernahm, indem es ausführte [249], die Entstehungsgeschichte des Art. 103 III GG biete keine Anhaltspunkte dafür, daß der Rechtssatz "ne bis in idem" durch die Aufnahme in das GG inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten. Und noch merkwürdiger klingt der Satz: "Der in Art. 103 III GG niedergelegte Rechtssatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des GG geltenden Stand des Prozeßrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug." Denn damit bekannte sich das Gericht geradezu zur Unabänderlichkeit der 1949 herrschenden Meinung, was nicht einmal der Bayerische Verfassungsgerichtshof getan hatte. Mit Recht ist diese Auslegung des Art. 103 III GG neuerdings von Dürig [250] kritisiert worden. Sie wurde auch gegen den ersten Anschein nicht für Art. 103 I GG übernommen, sondern das Gericht setzte die anfänglich angedeutete Auslegung später konsequent fort,

---

245 BGHSt 11, 288 (292).

246 BGHSt 13, 123; zu dieser Entscheidung wegen ihrer Begründung mit Recht kritisch Dürig, MD Art. 103 Rn 48.

247 BDHE 3, 120; OLG Oldenburg NsRpfl 58, 17; OLG Celle MDR 58, 265; OLG Hamm MDR 56, 687; JMBlNRW 57, 117 und 159; BayObLGZ 1957, 53 (58); BayVerfGHE 11, 190 (195), allerdings nicht ganz eindeutig. Nicht verwertbar sind hier die zahlreichen Entscheidungen, die zwar von einem über die einzelnen Prozeßrechtsnormen hinausgehenden Grundsatz des rechtlichen Gehörs reden, aber nicht erkennen lassen, ob sie dabei an Art. 103 I GG denken.

248 BVerfGE 1, 332 (347). 249 BVerfGE 3, 248 (252).

250 MD Art. 103 Rn 123 und 131.

wonach Art. 103 I GG vom jeweiligen Prozeßrecht unabhängig ist[251]. Eine Synthese beider Auffassungen wird in der bedeutsamsten Entscheidung zu Art. 103 I GG[252] angestrebt, wo das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich erklärt, bei der Auslegung dieses Artikels sei zwar von dem vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild des Prozeßrechts auszugehen, da die bei Inkrafttreten des GG geltenden Verfahrensordnungen im allgemeinen rechtsstaatlichen Forderungen hinsichtlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs genügten. Das Bundesverfassungsgericht gehe jedoch weiter als der Bayerische Verfassungsgerichtshof. Da das geltende Prozeßrecht und seine Anwendung in der Praxis der Gerichte das rechtliche Gehör nicht immer in ausreichendem Maße gewährleisteten, sei Art. 103 I GG für die Auslegung des Prozeßrechts heranzuziehen, weiter seien Anhörungspflichten unmittelbar aus Art. 103 I GG herzuleiten. Hier entscheidet sich das Gericht also gleichzeitig für eine unmittelbare Vollziehbarkeit des Verfassungsrechtssatzes.

dd) Das Schrifttum

Im Schrifttum teilen den vermittelnden Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts besonders Dürig[253] und v. Winterfeld[254], sowohl bezüglich der Unabhängigkeit als auch der unmittelbaren Vollziehbarkeit. Klar und ohne Einschränkung für die Unabhängigkeit sprechen sich Hamann[255] und Arndt[256] aus. Dieselbe Meinung vertritt auch etwas beiläufig Hellmuth Mayer[257]. Diesen letzten Autoren ist zuzustimmen. Art. 103 I GG wurde geschaffen, weil sich in der jüngsten Vergangenheit gezeigt hatte, daß die das rechtliche Gehör in Ausschnitten regelnden Prozeßrechtsnormen bei Mißbrauch des gerichtlichen Verfahrens nicht zum Schutze dieses Rechts ausreichten[258]. Dieser Mißbrauch kann aber vom Gesetzgeber noch umfassender getrieben werden als vom Richter. Darauf hat bereits Baur[259] hingewiesen. Art. 103 I GG erfüllt seinen Zweck also nur dann, wenn er auch dem Gesetzgeber Schranken auferlegt. Er muß also unabhängig vom einfachen Gesetzgeber sein. Daß in Art. 103 I GG Begriffe aufgenommen sind, die auch in der bisherigen Gesetzgebung verwendet wurden, ist nicht als Anknüpfung an diese Gesetze mit der Folge der Abhängigkeit, sondern als Anknüpfung an fast zwei Jahrtausende alte Rechtsvorstellungen[260] zu verstehen, die natürlich auch in der neueren einfachen Gesetzgebung ihren Niederschlag gefunden haben.

Demgegenüber ist bei der nicht ganz so weit gehenden Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und Dürig's die Gefahr gegeben, daß dem verfassungsmäßigen Recht des Art. 103 I GG Schranken auferlegt werden, die keine Aufnahme in das GG gefunden haben, allein mit dem Ziel der Wahrung anderer Pro-

---

251 BVerfGE 4, 190 (Leitsatz); 7, 53 (57); 7, 95 (98); 7, 275 (278); 8, 253 (255); 9, 256 (259) indirekt.

252 BVerfGE 9, 89 (96). 253 MD Art. 103 Rn 19-23. 254 NJW 61, 849 ff (851).

255 Kommentar 419 und AnwBl 58, 144. 256 NJW 59, 1298. 257 JZ 55, 604 f.

258 Vgl JöR 1, 741. 259 AcP 153, 398. 260 S. oben Anm 1-3.

zeßgrundsätze[261]. Inwieweit aber bei Art. 103 I Schranken bestehen, kann sich nur aus dem GG selbst ergeben, nämlich aus anderen Einzelvorschriften der Verfassung und deren gesamtem System. Das ist unten[262] zu erörtern.

Allerdings verbirgt sich auch im Ergebnis der unmittelbaren Vollziehbarkeit des Art. 103 I GG eine Gefahr: Vollziehbarkeit bedeutet nicht, daß das einfache Gesetz, soweit es sich mit dem rechtlichen Gehör befaßt, mit der Begründung überhaupt außer Acht gelassen werden darf, in Art. 103 I GG sei eine ausreichende und sogar stärkere Bestimmung vorhanden, die direkt angewendet werden könne. Wo das Prozeßrecht dem Verfassungsrechtssatz des rechtlichen Gehörs genügt, hat der Richter das einfache Gesetz anzuwenden, weil es ihm näher steht und ihn nach Art. 20 III GG bindet. Auf den unmittelbar vollziehbaren Art. 103 I GG darf er erst zurückgreifen, wenn das einfache Prozeßrecht den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht ausreichend entspricht[263].

§ 5

Art. 103 I GG als Grundrecht

I Vorbemerkung: Die Bedeutung der Frage

Nachdem nun Art. 103 I GG in seiner Eigenschaft als subjektives öffentliches Recht untersucht worden ist, liegt es nahe, diese Untersuchung durch die Prüfung weiter zu verfolgen, ob in Art. 103 I GG dieses subjektive öffentliche Recht sogar als Grundrecht ausgebildet ist. Man könnte fragen, ob es überhaupt einen praktischen Wert hat zu wissen, Art. 103 I GG gewährt ein Grundrecht oder er gewährt keines. Denn man könnte die Antwort für unerheblich halten, da Art. 103 I GG auf jeden Fall durch seine Stellung in der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber Bestand hat und mit dem Schutz der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG versehen ist.

Demgegenüber ist zu betonen, daß die Frage doch von Bedeutung ist. Die Einbeziehung eines Rechts in den Kreis der Grundrechte hat weitreichende Folgen: Art. 1 III, 19 I, II und III, 28 III, 45 b GG knüpfen an den Begriff des

---

261 Das zeigt sich in BVerfGE 9, 89 (95), bei MD Art. 103 Rn 44 ff, auch bei Schütz NJW 61, 584 und 586.

262 S. unten § 6 III.

263 Hierzu ausführlich MD Art. 103 Rn 21 und BSGE 7,209 = AP Nr 2 zu Art. 103 I GG mit Anmerkung von Dürig.

Grundrechts an, ohne ihn besonders für ihre Zwecke zu erläutern (anders Art. 17 a, 18, 142 GG). Bei Bejahung der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG würde im Zusammenhang mit Art. 19 III GG auch das besondere Problem auftauchen, ob der Staat Grundrechtsträger sein kann. Die in der Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Lehren für Grundrechte wären auf Art. 103 I GG anwendbar, so zB die für den Komplex Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis herausgearbeiteten Grundsätze, desgleichen die Schrankenlehren überhaupt. Im Zusammenhang mit ihnen ergibt sich das Problem der wechselseitigen Beschränkungen der Grundrechte [264]. Wenn es sich nämlich darum handelt, ob eine Maßnahme, die zB nach Art. 2 in Verbindung mit Art. 104 GG oder zB nach Art. 13 GG zulässig, jedoch nach Art. 103 I GG unzulässig wäre, insgesamt als zulässig anzusehen ist, so kann es nicht unbeachtlich sein, ob Art. 103 I GG ein Grundrecht enthält, also stärker wirkt als im entgegengesetzten Fall. Deshalb erscheint eine Prüfung der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG erforderlich.

Leider hat noch niemand allgemein klären können, was das GG unter Grundrechten versteht. Man ist sich zwar im wesentlichen darüber einig, welche Artikel Grundrechte gewähren. Aber gerade Art. 103 I GG zeigt, daß nicht stets Einigkeit besteht. Auch die vorliegende Arbeit will es nicht wagen, den Grundrechtsbegriff des GG festzustellen. Auf einigen Umwegen ist es auch ohne diese grundlegende Feststellung möglich, die Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG nachzuweisen. Dieser Weg führt über die Klärung einiger Vorfragen, die sich nicht speziell mit Art. 103 I GG, sondern mit dem ganzen Problem der Grundrechte im GG befassen. Nach ihrer Beantwortung eröffnet sich die Möglichkeit, die Hauptfrage endgültig zu bejahen oder zu verneinen.

II Vorfragen

1. Sind Verfassungsrechte stets Grundrechte?

Zunächst erhebt sich die Frage, ob alle subjektiven öffentlichen Rechte des GG, alle verfassungsmäßigen Rechte, auch Grundrechte sind. Wäre diese Frage zu bejahen, so stünde die Grundrechtsqualität des Art. 103 I GG fest. Die Antwort ist jedoch negativ. An Gegenbeispielen fehlt es nämlich nicht. So handelt

---

264 Vgl Bachof GR III 1, 170 f; MK 125; Roemer, Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, 545 ff (571, 573).

es sich bei Art. 46 I GG um ein Recht des einzelnen Abgeordneten[265], aber nicht um ein Grundrecht. Für Art. 46 II GG geht die fast einhellige Meinung[266] dahin, ein Privileg des Bundestages anzunehmen, also sicher kein Grundrecht. Und auch die subjektiven Rechte der Art. 47, 48 GG werden richtigerweise nicht zu den Grundrechten gezählt[267].

2. Sind Menschenrechte stets Grundrechte?

Da Art. 103 I GG wenigstens seinem Kern nach zu den Menschenrechten im Sinne des Art. 1 II GG zu zählen ist, würde für die Klärung der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG auch die Feststellung genügen, daß alle Menschenrechte des GG auch Grundrechte seien. Dieser Ansicht ist Dürig[268], wenn er annimmt, der aus Art. 1 I GG bezogene Menschenrechtsgehalt des Art. 103 I GG reihe das Recht unter die Grundrechte ein. Noch weiter gehend sieht Löw[269] in den Grundrechten geradezu und ausschließlich diejenigen Verfassungsrechte, die der Sicherung und Förderung der Persönlichkeitswürde dienen.

Wäre Löw's Meinung richtig, dann müßten, da die Achtung der Menschenwürde durch das überpositive Recht geboten ist, alle Grundrechte im überpositiven Recht wurzeln. Dies ist nicht der Fall[270]. Vergegenwärtigt man sich die

---

265 MK 969 (im Sinne eines Organwalterrechts); Hamann, Kommentar 289 (im Sinne eines negativen Abwehrrechts; dies bedeutet aber noch nicht, daß es sich um ein Grundrecht handeln müßte, wie Klein aaO aus Hamann's Äußerung entnimmt); v. Mangoldt, Kommentar 255, spricht lediglich von einem persönlichen Strafausschließungsgrund; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl. München und Berlin 1961, 85, dagegen sogar von einem grundlegenden Recht, das seinem Wesen nach ebenso im I. Abschnitt stehen könne. Anders jetzt MD Art. 46 Rn 6 (Satz des objektiven Verfassungsrechts im Interesse des Parlaments).

266 v. Mangoldt, Kommentar 255; MK 974; MD Art. 46 Rn 27; Schneider, BK Art. 46 Erl II a; Hamann, Kommentar 289 (institutionelle Garantie); aM noch Maunz, Staatsrecht 85 (grundlegendes Recht der Volksvertreter).

267 v. Mangoldt, Kommentar 257, 259; MK 986, 990; MD Art. 47 Rn 3; Art. 48 Rn 4; Schneider, BK Art. 47 Erl II a; Art. 48 Erl II 1 a; Hamann, Kommentar 292 f; aM Maunz, Staatsrecht 85.

268 MD Art. 103 Rn 8.

269 Zum Verhältnis der Begriffe "Grundrecht" und "verfassungsmäßiges Recht" nach der bayerischen Verfassung, BayVBl 58, 360 ff. Löw 365 schreibt: "... auch für die Grundrechte des Grundgesetzes gilt, was für die bayerische Verfassung gesagt wurde." Vgl aaO 364.

270 Löw aaO 362 sieht das, in Widerspruch zu sich selbst, ein. Anders Carl Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl. (Neudruck) Berlin 1957, 163; für das

Meinungsverschiedenheiten, die möglich und vorhanden sind bezüglich der Frage, inwieweit den Grundrechten Menschenrechtsgehalt zukommt, so wäre es schwer zu begreifen, wenn der Verfassungsgeber mit seiner Normierung der Einzelgrundrechte - die ja durch verschiedenartige Gesichtspunkte beeinflußt worden ist - mit sicherem Griff gerade ausschließlich Rechte mit Menschenrechtsgehalt ausgewählt haben sollte. Wenn auch über den Kreis, dh die Anzahl der staatsgesetzlich erst begründeten, nicht bloß deklarierten Grundrechte Zweifel bestehen mögen, so muß doch anerkannt werden, daß Grundrechte dieser Art überhaupt in das GG aufgenommen wurden[271]. Zu bedenken ist vor allem, daß solche Grundrechte jederzeit in das GG aufgenommen werden können.

Aber auch der Ansicht Dürig's[272] kann nicht gefolgt werden. Gegen sie spricht folgende Überlegung: Es steht dem Staate frei, seinen Grundrechten Einzelwirkungen zu verleihen, die nicht durch den Grundsatz der Menschenwürde geboten sind[273]. Erklärt man nun ein verfassungsmäßiges Recht deshalb zum Grundrecht, weil es Menschenrechtsgehalt aufweist, so stattet man es ohne zwingenden Grund mit diesen möglichen Spezialwirkungen[274] der Grundrechte aus, obwohl der Verfassungsgeber diese Einordnung nicht ausdrücklich vorgenommen hat. Es ist nicht einzusehen, warum ein Junktim zwischen Menschenrechtsgehalt und Grundrechtseigenschaft bestehen sollte. Aus Art. 1 II GG ist dies nicht abzuleiten. Der Menschenrechtsgehalt kann auch in einem anderen verfassungsmäßigen Recht klar zum Ausdruck gebracht werden.

3. Gibt es prozessuale Grundrechte?

Da Art. 103 I GG eine Norm mit prozessualem Gehalt ist, kann weiter die Frage auftauchen, ob das GG überhaupt Verfahrensrechte als Grundrechte ausgestaltet hat oder ob die Grundrechte stets nur materiellen Inhalt haben können.

---

bayerische Verfassungsrecht: BayVerfGHE 1, 64 (76); Hoegner, Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, München 1949, 138. Auch Dürig, MD Art. 1 Rn 80 f, scheint neuerdings diese Meinung zu vertreten, wenn er den Wesensgehalt, der jedem Grundrecht zukommt, mit dem Menschenrechtsgehalt gleichsetzt. Früher vertrat er die richtige entgegengesetzte Auffassung, vgl Dürig, Freizügigkeit, in: GR II, 507 ff (523).

271 MK 94 ff; Apelt, Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 51, 353 ff (354); derselbe, Verfassung und richterliches Prüfungsrecht, JZ 54, 401 ff (404). Einen Beispielsfall bietet weitgehend Art. 16 GG.

272 S. oben Anm 268; diese Ansicht ist enger als die in MD Art. 1 Rn 80 vertretene.

273 Davon geht auch Dürig aus; vgl MD Art. 1 Rn 80.

274 Vgl MK 100.

Ebenso wie eine Bejahung der beiden vorangegangenen Vorfragen zur positiven Beantwortung der Hauptfrage geführt hätte, so würde die Verneinung dieser und der folgenden Frage die Grundrechtseigenschaft ausschließen. Die Frage ist aber positiv zu beantworten. Das GG enthält Grundrechte, die - vorsichtig ausgedrückt - auch prozessualen Einschlag haben. So wird überwiegend die Grundrechtseigenschaft des auch als "formelles Hauptgrundrecht" bezeichneten Art. 19 IV GG bejaht[275]. Ganz eindeutig ist in dem auch ein Verfahren ermöglichenden Art. 17 GG ein Grundrecht gegeben[276]. Daher besteht insofern kein Hindernis für eine Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG.

4. Gibt es außerhalb des Katalogs Grundrechte?

Nun ist noch eine letzte, wichtige Vorfrage zu entscheiden, nämlich die, ob das GG die Grundrechte auf seinen I. Abschnitt konzentriert hat oder auch außerhalb dieses Katalogs Grundrechte kennt[277].

a) Das Schrifttum und die Rechtsprechung

aa) Unter der WRV

Diese Frage wurde schon zur Weimarer Zeit erörtert, da ja auch dort organisatorischer und Grundrechtsteil schon getrennt waren. Klar zu bejahen war sie für alle, die sogar Grundrechte außerhalb der Verfassung anerkannten[278]. Auch Carl Schmitt[279] lehnt die formale Beschränkung auf den 2. Hauptteil der WRV ab, ebenso Stier-Somlo[280]. Demgegenüber scheint Ernst Rudolf Huber[281] da-

---

275 Bachof, Vornahmeklage 84; MD Art. 1 Rn 12; Art. 19 IV Rn 2 mwN; aM MK 540 f, besonders 541 Anm 3.

276 MK 507 f; MD Art. 17 Rn 1 ff (trotz des richtigen Satzes, man dürfe Art. 17 GG nicht wieder verprozessualisieren); Hamann, Kommentar 184 f.

277 Die weitere, früher umstrittene Frage, ob Grundrechte überhaupt in der Verfassung stehen müssen oder auch in einfachen Bundes- oder Landesgesetzen möglich sind, spielt für Art. 103 I GG keine Rolle.

278 Vgl Giese, Die Grundrechte, Tübingen 1905, 88; Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, herausgegeben von Nipperdey (zitiert: GR u GPfl), Bd. I, Berlin 1929, 1 ff (19); Carl Schmitt, Verfassungslehre 163 f; Anschütz, Kommentar 508. Anschütz aaO 510 scheint die Grundrechte dagegen zwar nicht auf den 2. Hauptteil, aber auf die WRV überhaupt zu beschränken.

279 Inhalt und Bedeutung des 2. Hauptteils der Reichsverfassung, in: HDStR II, 572 ff (572, 574, 578, 590).

280 Grund- und Freiheitsrechte im einzelnen, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (zitiert: HRW), 3. Bd., Berlin und Leipzig 1928, 50 ff (50).

281 Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR 23 (1933), 1 ff.

von auszugehen, daß die Grundrechte im 2. Hauptteil der WRV stehen. Allerdings behandelt er auch das im organisatorischen Teil stehende Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 105 WRV)[282].

Aus der Rechtsprechung während der Weimarer Zeit ragt der Beschluß der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 22. 2. 1924 hervor[283], der sich ausführlich mit der Frage befaßt, was die WRV unter Grundrechten versteht. In der Entscheidung wird zunächst die Meinung des IV. Zivilsenats mitgeteilt, der aus der geschichtlichen Entwicklung, insbesondere den Vorläufern des Art. 105 WRV, folgerte, daß auch Art. 105 WRV Grundrechte gewähre. Dieser Auffassung pflichten die Vereinigten Zivilsenate nicht bei. Vielmehr gehe aus den Überschriften der Hauptteile der WRV klar hervor, daß die Grundrechte im 2. Hauptteil geregelt seien, während der 1. Hauptteil solche nicht gewähre. Bei der unzweideutigen Ausdrucksweise der Verfassung könne auf die Rechtsentwicklung kein Gewicht gelegt werden. Den in Art. 105 WRV enthaltenen Vorschriften fehle die subjektive Betonung[284]. Dieser Beschluß lehnt also die in der Staatsrechtslehre der damaligen Zeit herrschende Auffassung ab.

bb) Unter dem GG

Für das GG ist der weiter gehenden Ansicht schon Nawiasky[285]. Jedoch kann er eine gewisse Unsicherheit seiner Auffassung nicht verhehlen. Daß sie mit den tatsächlich zustande gekommenen GG nicht recht zu vereinbaren ist, gesteht er zu[286]. Dieselbe Meinung vertritt Thoma[287], der insgesamt 57 grundrechtliche Zusicherungen im GG annimmt. Allerdings ohne Begründung meint v. Mangoldt[288] es fänden sich Grundrechte in den Art. 101, 103 und 104 GG. Nicht so klar ist die Stellungnahme Klein's; an einer Stelle[289] schließt er sich v. Mangoldt an, indem er die Rechte, bei denen hauptsächlich Zweifel in Betracht kommen, nämlich die der Art. 33, 38, 101 I 2, 103 und 104 GG, als "den Grundrechten wesensmäßig gleichwertige und deshalb auch positivrechtlich gleichgestellte (zB § 90

---

282 AaO 56 ff.

283 RGZ 107, 315 (321 f).

284 Nach der Darstellung der Vereinigten Zivilsenate sieht der IV. Zivilsenat in Art. 105 WRV (Ausnahmegerichte und gesetzlicher Richter) "das Recht auf unbeschränktes richterliches Gehör" gewährt. Hier werden also anscheinend die Sätze der heutigen Art. 101 I und 103 I GG durch- und ineinandergebracht.

285 Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Köln und Stuttgart 1950, 32, 131.

286 AaO 18 (verfassungsmäßige Rechte müssen nicht Grundrechte sein), 21.

287 Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: R-St-W III, 9.

288 Kommentar 40.

289 MK 115 f.

BVerfGG) Rechte" erklärt, womit er sie wohl als Grundrechte werten will. Ein Widerspruch findet sich aber, wenn er einerseits [290] Art. 19 II GG außerhalb des Grundrechtskatalogs nicht für anwendbar hält, andererseits [291] erklärt, Grundrechtsbestimmungen im Sinne des Art. 19 II GG seien auch die Art. 101, 103 und 104 GG. Aus zwei weiteren Stellen [292] ist zu entnehmen, daß er Grundrechte außerhalb des Katalogs für gegeben hält. Dagegen spricht es dann wieder, wenn Klein erklärt, die Trabantenbestimmungen des Grundrechtskatalogs seien eben nur den Grundrechten gleichgestellte (§ 90 BVerfGG) Rechte [293]. Auch Maunz hat keinen gleichbleibenden Standpunkt. Einerseits [294] ist er der Auffassung, daß in den Grundrechtskatalog nur der hauptsächliche Bestand der Grundrechte aufgenommen ist und unter anderm die Rechte der Art. 101, 103 und 104 GG ebenso gut im I. Abschnitt stehen könnten; er bezeichnet sie daher auch als Grundrechte im Bereich der Rechtsprechung. Andererseits [295] ist er der Meinung, "die Sonderregelung für die Einschränkung von Grundrechten (...nach Art. 19 I GG) soll sich wohl nur auf die Grundrechte des Katalogs erstrecken. Das gleiche wird ferner wohl auch von der Unantastbarkeit des Grundrechts in seinem Wesensgehalt (Art19 II GG) und von der Anwendbarkeit der Grundrechte auf inländische juristische Personen (Art. 19 III) gelten". Dazu schreibt Maunz bei der Erwähnung der Verfassungsbeschwerde [296], sie sei gegeben bei der Behauptung, "in seinen durch das GG gewährleisteten Grundrechten (Art. 1-19 GG) oder in gewissen ihnen gleichgestellten Rechten (Art. 33, 38, 101, 103, 104 GG) verletzt zu sein". Dürig [297] bekennt sich klar zu der Ansicht, daß auch hinter Art. 19 GG Grundrechte ihren Standort haben könnten. Das Grundrechtssystem sei eine Einheit; Art. 19 II GG gelte für alle Grundrechte. Giese [298] sieht in den Art. 20 III, 33, 101, 103, 104 GG Ergänzungen zu den Grundrechten, woraus jedoch nicht klar hervorgeht, ob diese außerhalb des Katalogs stehenden Artikel nun auch Grundrechte enthalten sollen. Nach Kratzer [299] muß die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof entwickelte Rechtsprechung (dazu gleich) auch für das GG gelten; deshalb seien in einigen Rechten außerhalb des Katalogs Grundrechte zu sehen. Auch Hamann [300] vertritt die Meinung, daß nicht

---

290 MK 116. 291 MK 554.

292 MK 158 f (das Wort "nachfolgenden" in Art. 1 III GG betreffend), 877 (das Wahlrecht betreffend).

293 MK 148. 294 Staatsrecht 85 und 219. 295 AaO 86. 296 AaO 115.

297 MD Art. 1 Rn 8 und 92.

298 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. Frankfurt 1955, Vorbem vor "Die Grundrechte".

299 Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, 107 ff (108).

300 Kommentar 62; wegen der Geltung von Art. 1 III GG außerhalb des Grundrechtskatalogs vgl aaO 74.

alle Grundrechtsbestimmungen ihren Platz im eigentlichen Grundrechtsteil gefunden haben. Hierbei handle es sich um echte Grundrechte (im Sinne subjektiver öffentlicher Rechte), soweit diese Vorschriften Konkretisierungen allgemeiner Grundrechtssätze enthielten (Art. 33, 38, 104). Verfassungsrechtlich gleichstark seien die Rechte, die zwingende Konsequenzen des Rechtsstaats bedeuteten; offen könne deshalb bleiben, ob auch sie Grundrechte seien. Nicht ohne weiteres anwendbar, aber trotzdem nicht unbeachtlich ist die auf § 90 BVerfGG bezügliche Meinung von Lechner [301], der jedesmal unter Grundrechten nur die des I. Abschnitts des GG versteht. Ebenso können für die Auslegung des GG nur bedingt herangezogen werden die Kommentare zu den Verfassungen von Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen, die in ihren Art. 2 bzw. 4 die Grundrechte des GG en bloc übernommen haben. Auch hier neigt die Mehrzahl [302] der Autoren dazu, auch außerhalb der Art. 1-19 GG Grundrechte anzuerkennen, ohne jedoch stets genau aufzuzählen, welche Rechte hierher gehören sollen. Schließlich ist auch die primär auf die Bayerische Verfassung abgestellte Untersuchung von Löw [303] nur sekundär für das GG gültig. Löw geht im Anschluß an Nawiasky von der Meinung aus, daß die Grundrechte eine besondere Art der verfassungsmäßigen Rechte seien und sieht das Charakteristikum der Grundrechte im Einklang mit dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof nicht in ihrer Aufnahme in den Grundrechtskatalog [304].

Das Bundesverfassungsgericht hat an Hand von Verfassungsbeschwerden Gelegenheit, zu den Grundrechten Stellung zu nehmen. § 90 BVerfGG aber erspart dem Gericht durch die ausdrückliche Aufzählung außerhalb des Grundrechtskatalogs stehender Rechte die Erklärung, was unter Grundrechten zu verstehen ist. Denn gerade die dort namentlich aufgezählten Artikel des GG sind es, die die Frage sonst zu einem Problem werden lassen. So ist es auch nicht verwunderlich, wenn die Bezeichnung dieser Rechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stark schwankt. Für das Gericht bleibt es gleichgültig, ob es diese Rechte einmal als Grundrechte, ein andermal als grundrechtsähnliche Rechte, als verfassungsmäßige Rechte, als Grundsätze oder sonstwie bezeichnet [305].

---

301 BVerfGG 263; GR III 2, 669.

302 So Spreng-Birn-Feuchte, Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart und Köln 1954, Art. 2 Anm 3a; Göbel, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1953, Erl zu Art. 2 I ; Geller-Kleinrahm, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Göttingen 1950, Art. 4 Anm 2 c; Dürig, Gesetze des Landes Baden-Württemberg, 2. Aufl. München und Berlin 1960, Anm zu Art. 2 I LV. Anders Vogels, Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart und Köln 1951, Art. 4 Anm 3.

303 BayVBl 58, 360 ff; vgl oben Anm 269.

304 AaO 361.

305 S. unten III 4.

Öfters hat sich der Bayerische Verfassungsgerichtshof mit der Frage befaßt, allerdings meist im Hinblick auf die Bayerische Verfassung [306]. Er kommt zu der Ansicht, daß es Grundrechte auch außerhalb des 2. Hauptteils der Bayerischen Verfassung gebe, was im Einzelfall nicht aus der Systematik, sondern teils aus der Wesensnatur, teils aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Rechte folge.

Ist demnach die Rechtsprechung zum Grundrechtsbegriff in dieser Hinsicht nicht gerade ergiebig, so finden sich doch zahlreiche Entscheidungen, die speziell in einem Rechte außerhalb der Art. 1-19 GG ein Grundrecht sehen. Nur läßt sich hier oft nicht sagen, ob damit bewußt zum Grundrechtsbegriff Stellung genommen werden sollte oder ob es sich um eine mehr zufällige Bezeichnung handelt. Deshalb sollen diese Entscheidungen unten [307] nur herangezogen werden, soweit sie sich auf Art. 103 I GG beziehen.

b) Die eigene Meinung

aa) Hinweise in der Entstehungsgeschichte des GG

Grundsätzliche Stellungnahmen zu der Frage sind nicht festzustellen. Befaßt man sich jedoch mit der Entstehungsgeschichte gerade der Artikel, bei denen die Frage praktisch bedeutungsvoll wird, so ergeben sich einige Hinweise. So war der jetzige Art. 33 II GG zunächst mit etwas anderem Wortlaut im Grundrechtskatalog enthalten. Der Allgemeine Redaktionsausschuß hatte dann die Streichung der Bestimmung empfohlen, "weil der Inhalt nicht der besonderen Garantie eines Grundrechts bedarf" [308]. Demgegenüber hatte der Abgeordnete Dr. v. Mangoldt die Beibehaltung verteidigt und ausgeführt: "Wenn wir diesen Absatz weglassen würden, so würde unser Katalog der Grundrechte unvollständig sein" [309]. Später wurde die Bestimmung dann ausgegliedert und in Verbindung zu den Vorschriften über das Berufsbeamtentum gebracht [310]. Das deutet darauf hin, daß man nicht glaubte, die Bestimmung könnte dadurch aus dem Kreis der Grundrechte ausscheiden, denn sonst hätte man sie ja nicht vorher als Grundrecht aufrechterhalten.

Die heutigen Art. 101 und 103 GG waren schon im Herrenchiemsee-Entwurf nicht in den Grundrechtsteil gestellt, sondern mit der Rechtspflege in Verbindung gebracht worden [311]. Mit diesen Artikeln wurde an die WRV angeknüpft, die in Art. 116 ein dem Art. 103 II GG entsprechendes Grundrecht und in Art. 105 eine dem Art. 101 GG weitgehend entsprechende Vorschrift enthielt, die überwiegend

---

306 BayVerfGH VRspr 2, 163 (170); BayVerfGHE 2, 145; vgl auch die bei Löw aaO 361 zitierten Entscheidungen.

307 S. unten III 4. 308 JöR 1, 311. 309 JöR 1, 312.

310 JöR 1, 313. 311 JöR 1, 741.

als Grundrecht angesehen worden war. Dies legt die Annahme nahe, daß das GG hieran nichts ändern wollte.

Schließlich gestattet die Entstehungsgeschichte des Art. 104 GG anzunehmen, daß auch hier der Verfassungsgeber ein Grundrecht normieren wollte. Denn diese Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehungen waren zunächst dem heutigen Art. 2 GG angefügt. Auf Vorschlag des Abgeordneten Dr. Heuß wurden sie dann umgestellt, da sich dessen ästhetisches Empfinden dagegen sträubte, derartige Einzelheiten an die Grundrechte angeschlossen zu sehen [312]. Der Grund für eine Umstellung war also in keinem Fall, daß man eine Minderung der Wirkung der jeweiligen Bestimmungen gegenüber den Grundrechten des Katalogs beabsichtigt hätte.

bb) Wortlaut und Systematik des GG

Diesem Willen des Verfassungsgebers entspricht der Text des GG aber nur sehr unvollkommen. Liest man ihn unvoreingenommen, so erhält man an mehreren Stellen den Eindruck, daß Grundrechte im GG nicht außerhalb des Katalogs stehen können. So verwendet die Überschrift zum I. Abschnitt, die am Gesetzestext unmittelbar teilnimmt [313] und deshalb nicht übergangen werden darf, bereits den bestimmten Artikel "die". Im Gegensatz hierzu hieß es in der WRV noch unbestimmt "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen". In den Art. 1 III und 19 I, II und III GG wird der Begriff "Grundrecht" verwendet. Wenn auch das Wort "nachfolgenden" in Art. 1 III GG in seiner Reichweite nicht eindeutig ist, so wird aus der Stellung der Vorschriften doch erkennbar, daß hier Aussagen am Anfang und am Ende der Grundrechte stehen. In den Art. 17 a, 18 und 142 GG taucht der Begriff "Grundrecht" stets nur in Verbindung mit Rechten des Katalogs auf; dies ist zwar kein zwingendes Argument, aber merkwürdig scheint es doch, daß nirgends, besonders nicht in Art. 142 GG, andere Artikel genannt sind. Dagegen lassen sich aus der Verwendung des Ausdrucks "Grundrecht" im Wortlaut der Art. 28 III und 45 b [314] GG keine Folgerungen ableiten.

cc) Grundrechtskonkretisierungen

In den Art. 2 I und 3 I GG sind ein allgemeines Freiheitsrecht und ein allgemeines Gleichheitsrecht enthalten. Nun finden sich außerhalb des Katalogs Bestimmungen, die die Aussage eines dieser Artikel aufgreifen und, auf ein konkreteres Gebiet bezogen, wiederholen oder spezialisieren. Die Erscheinung ist dieselbe wie beim Verhältnis der einzelnen Freiheits- und Gleichheitsrechte inner-

---

312 JöR 1, 746.

313 So richtig MD Art. 20 Rn 75 für die gleichzubehandelnden Überschriften zu den Abschnitten VII bis IX.

314 Über die Auslegung des Ausdrucks in diesen Artikeln vgl MK 714 und 961 sowie Lerche, Grundrechte der Soldaten, in: GR IV 1, 447 ff (529 Anm 294).

halb des Katalogs zu den Hauptgrundrechten[315]. Solche Grundrechtskonkretisierungen werden mit Recht angenommen zB in Art. 33 I-III zu Art. 3 I und III[316] [317], in Art. 103 II und III zu Art. 2 I[318], in Art. 104 I, II 3 und III 2 zu Art. 2 I und II 2 GG[319]. Soweit in Art. 140 GG in Verbindung mit den dort genannten Artikeln der WRV subjektive Rechte des einzelnen normiert sind, konkretisieren diese die Art. 2 I, 3 I und 4 GG[320]. Bettermann[321] schließlich nennt Art. 101 I 2 GG einen ausschließlichen Anwendungsfall des Willkürverbots des Art. 3 I GG; das bedeutete dann eine Grundrechtskonkretisierung. Da nun die Rechtswirkungen dieser Konkretisierungen, wenn sie nicht ausdrücklich in das GG aufgenommen worden wären, trotzdem in Anwendung des konkretisierten Hauptgrundrechts eintreten würden, so ist nicht einzusehen, warum man diese außerhalb des Grundrechtskatalogs verstreuten Bestimmungen nicht selbst zu den Grundrechten rechnen sollte. So kann der dahin gehenden herrschenden Meinung gefolgt werden[322]. Daran kann die entgegenstehende Argumentation aus dem Wortlaut des GG nichts ändern. Ist dieser aber hier unmaßgeblich, so hat er die Überzeugungskraft als Sperre gegen Grundrechte außerhalb des Katalogs überhaupt verloren; die Möglichkeit ihres Bestehens ist anzuerkennen.

---

315 Hierzu ausführlich MD Art. 1 Rn 11 ff und Art. 2 I Rn 6 ff mwN; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Berlin, Tübingen und Frankfurt/M 1956, Bd. I, 145 ff (159 Anm 64); vgl auch BVerfGE 10, 73.

316 MK 797 mwN; Hamann, Kommentar 62; sehr vorsichtig BVerfGE 6, 445 (448).

317 Das gilt auch für Art. 33 I GG. Zwar könnte sein Wortlaut dazu verleiten, aus ihm über Art. 3 I GG hinaus auch das Verbot inhaltlich voneinander abweichender Landesgesetze zu entnehmen. Aber dann bliebe völlig unklar, nach welchem Maßstab sich die Länder bei ihrer Gesetzgebung zu richten hätten. Der Sinn des Art. 33 I GG kann also nur sein, innerhalb des Rechts eines Landes an die Landeszugehörigkeit anknüpfende Unterschiede zu verbieten.

318 Sax GR III 2, 994 und 997 f; zu diesem Ergebnis führt auch die in MD Art. 103 Rn 100 und 122 vertretene Auffassung. Vgl weiter BVerfGE 3, 58 (149), aber auch 3, 248 (252).

319 MD Art. 104 Rn 1, 20, 23 und 36; nicht ganz klar dagegen Rn 1 Anm 1.

320 Vgl Anschütz, Die Religionsfreiheit, in: HDStR II, 675 ff (681-683); v. Mangoldt, Kommentar 55 f, 210; Hamann, Kommentar 498 ff.

321 GR III 2, 523 ff (556).

322 Hamann, Kommentar 62; bei Erörterung der einzelnen Bestimmungen stellen dies fest: MK 800 f; MD Art. 103 Rn 100 und 122, Art. 104 Rn 1 und 20.

III Die Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG

1. Vorläufer des Art. 103 I GG im Verfassungsrecht

Bei der Prüfung der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG darf nicht an der Frage vorübergegangen werden, ob frühere Verfassungen, die als Vorläufer des GG in Betracht kommen, ein Grundrecht mit ähnlichem Inhalt wie Art. 103 I GG kannten. Wenn auch nicht davon ausgegangen werden kann, daß das GG diesen Verfassungen dann unbedingt gefolgt wäre, so können sie doch vielleicht die Wertung des Art. 103 I GG erleichtern.

Ähnliche Verfassungsbestimmungen waren jedoch selten. Im Zusammenhang mit andern Menschenrechten enthielt zunächst die bill of rights von Virginia vom 12. 6. 1776 eine Vorschrift, in der mehrere einzelne Rechte, darunter auch Ausschnitte aus dem Recht auf rechtliches Gehör, garantiert waren [323] [324]. Noch geringere Ausschnitte behandelten die Verfassungen der französischen Republik vom 24. 6. 1793 [325] und vom 22. 8. 1795 [326]. Damit ist die Reihe einschlägiger Bestimmungen in den als Vorläufer des GG anzusehenden Verfassungen erschöpft. Insbesondere enthielten folgende Verfassungen keine Aussagen über das rechtliche Gehör: Die Verfassungen von Bayern (vom 26. 5. 1818), Württemberg (vom 25. 9. 1819), Sachsen (vom 4. 9. 1831), die von der Verfassunggebenden Nationalversammlung lediglich verkündete Paulskirchenverfassung vom 28. 3. 1849, die Preußische Verfassung vom 31. 1. 1850 sowie die Reichsverfassungen vom 16. 4. 187 und vom 11. 8. 1919, abgesehen von Anklängen in den beiden letzten Verfassungen [327] [328]. Daß die geltende Verfassung von Bayern in Art. 91 I ein dem

---

323 Art. 8 lautet: Bei allen Anklagen wegen Kapitalverbrechen oder sonstiger krimineller Handlungen hat ein Mensch das Recht, Grund und Art der Anschuldigung zu erfahren, und das Recht auf ein baldiges Verhör von einem unparteiischen Gerichtshof von zwölf Männern aus seiner Gegend... (Diese und die beiden folgenden Bestimmungen werden zitiert nach der Übersetzung in: Hartung, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 2. Aufl. Göttingen, Frankfurt, Berlin 1954.)

324 Wegen anderer Verfassungen der Einzelstaaten der USA vgl Siegert AcP 155, 41.

325 Art. 14 lautet: Niemand soll, bevor er nicht vernommen oder gesetzmäßig vorgeladen ist, verurteilt und bestraft werden, und nur nach einem vor dem Vergehen verkündeten Gesetz ...

326 Art. 11 lautet: Niemand kann verurteilt werden, bevor er nicht vernommen oder gesetzmäßig vorgeladen worden ist.

327 Die Auswahl der den Prozeßordnungen entnommenen Rechtssätze für die WRV ist als willkürlich kritisiert worden; vgl Düringer, Grundrechte und Grundpflichten, JW 1919, 701(702). Das könnte man auch im Hinblick auf das Feh-

Art. 103 I GG wörtlich entsprechendes Recht aufweist, wurde schon erwähnt, ebenso, daß die Verfassungen von Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen die Grundrechte, also vielleicht auch Art. 103 I GG, en bloc übernommen haben. Aber auch das hilft bei der Lösung der Frage nicht weiter. So wird man feststellen müssen, daß der Satz vom rechtlichen Gehör - im Gegensatz etwa zu dem vom gesetzlichen Richter - nicht zum traditionellen Verfassungsgut gehört. Es ist daher nicht möglich, die vereinzelt gebliebenen Regelungen in den Verfassungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts zur Begründung der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG heranzuziehen [329].

2. Die Bedeutungslosigkeit der Entstehungsgeschichte des Art. 103 I GG

Die eigentliche Entstehungsgeschichte des Art. 103 I GG [330] ist für die Frage nach dessen Grundrechtseigenschaft unergiebig. Aus ihr geht in dieser Beziehung nur hervor, daß man die Vorschrift überwiegend für wichtig genug hielt, um sie aufzunehmen [331].

---

len des Satzes vom rechtlichen Gehör behaupten. Nach Düringer aaO war der leitende Gedanke bei der Auswahl der politische Wert einer Bestimmung. Der lag damals beim Satz vom rechtlichen Gehör noch nicht so zu Tage wie 1949. Thoma GR u GPfl I, 1 ff (28), vermißte in der WRV Grundrechte, die dem Bürger ein gewisses Maß von Rechtsschutzanspruch verleihen. Damit könnte er auch das rechtliche Gehör gemeint haben, das heute mit dem Justizgewährungsanspruch in Verbindung gebracht wird.

328 In Art. 114 II WRV war eine dem Art. 104 III GG entsprechende Bestimmung vorhanden. Beide regeln für einen Spezialfall bruchstückhaft das rechtliche Gehör, Art. 114 WRV allerdings nur als Sollvorschrift. Schließlich darf hier noch auf Art. 77 der RV 1871 hingewiesen werden. Er enthielt eine mit dem rechtlichen Gehör verwandte Bestimmung. In besonderen Fällen der Justizverweigerung sollte der Bundesrat angerufen werden können. Art. 77 RV 1871 befaßte sich also ausschnittsweise mit dem Justizgewährungsanspruch.

329 Überblick über "Justizgrundrechte" in Verfassungen außerdeutscher Staaten bei Couture, Der verfassungsmäßige Schutz des Prozesses, ZZP 67 (1954), 128 ff (132 f); vgl auch Habscheid JR 58, 361 ff; für die Schweiz: H. Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte und die schweizerische Rechtsprechung, in: R-St-W IV, 120 ff (124, 135); wegen entsprechenden Rechten in der europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) und in der UN-Deklaration der Menschenrechte s. unten § 7 II.

330 JöR 1, 741-744; Art. 103 I GG wurde im Rechtspflegeausschuß des Parlamentarischen Rates behandelt, und zwar in dessen 7. Sitzung (Stenoprotokolle 133 f) und 8. Sitzung (Stenoprotokolle 42).

331 Eine Anregung des Abgeordneten Dr. Strauß zur Streichung wurde abgelehnt.

3. Art. 103 I GG als Grundrechtskonkretisierung

a) Konkretisierungsversuche in der Literatur

Einige verbreitete Ansichten ermöglichen es, Art. 103 I GG insgesamt als Grundrechtskonkretisierung anzusehen. Nimmt man mit Nipperdey und anderen [332] an, Art. 1 I GG enthalte selbst ein Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts, so bringt Art. 103 I GG demgegenüber nichts Neues mehr, wenn man einmal von etwa nicht durch die Menschenwürde geforderten Randbereichen absieht. Die daraus folgende Wertung des ganzen Art. 103 I GG als Konkretisierung zu Art. 1 I GG scheitert jedoch an der Unrichtigkeit dieser grundlegenden Auslegung des Art. 1 I GG, die von Dürig [333] im Einklang mit der herrschenden Meinung überzeugend nachgewiesen worden ist.

Ebenso würde die Ansicht Heinzmann's [334] zur Grundrechtseigenschaft des ganzen Art. 103 I GG führen. Nach Heinzmann ist das Recht auf rechtliches Gehör ausschließlich Freiheitsrecht, daher insgesamt Konkretisierung von Art. 2 I GG. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ist oben [335] dargelegt.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß in der Schweiz das rechtliche Gehör aus dem Gleichheitssatz abgeleitet wird [336]. Wollte man diesen - etwas zu weit hergeholten, nur aus der Situation des Schweizer Verfassungsrechts verständlichen - Gedanken auf das deutsche Recht übertragen, so wäre Art. 103 I GG Konkretisierung von Art. 3 I GG. Dies ist jedoch nicht durchführbar; Art. 103 I GG gebietet ja keine Gleichbehandlung.

b) Konkretisierung im negativen Bereich

Für den negativen Bereich ist die eben insgesamt abgelehnte Meinung Heinzmann's jedoch richtig. Oben [337] wurde bereits ausgeführt, daß Art. 103 I GG, wenn auch nicht ausschließlich, zu den negativen Statusrechten gehört. Insoweit konkretisiert er also Art. 2 I GG, das materielle Hauptfreiheitsrecht [338]. Daher ge-

---

332 Vgl die Nachweise bei MD Art. 1 Rn 4 mit Anm; auch Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung 31.

333 S. oben Anm 332; eine das Problem noch einmal erörternde eigene Stellungnahme würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

334 Heinzmann 36 ff (39 f); ebenso BayVerfGHE 11, 90 (93).

335 S. oben § 4 II 2d aE.

336 Vgl H. Huber, Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954, 5; derselbe R-St-W IV, 135.

337 S. oben § 4 II 2d.

338 Wegen der in der Minderheit befindlichen Meinung, die in Art. 2 I GG kein Grundrecht sieht (vor allem MK 167; Wertenbruch, Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 I GG, DVBl 58, 481 ff), kann auf die Kritik bei MD Art. 2 I Rn 5

währt Art. 103 I GG mindestens in seinem negativen Bereich ein Grundrecht.

c) Konkretisierung im positiven Bereich

Da es für den ebenso wichtigen positiven Bereich des Satzes vom rechtlichen Gehör kein dem Art. 2 I GG entsprechendes Hauptgrundrecht des positiven Status gibt[339] - ein allgemeiner Leistungsanspruch gegen den Staat wäre auch gar nicht vorstellbar -, kann insoweit nicht dieselbe Folgerung gezogen werden. Jedoch ist zu überlegen, ob nicht Art. 103 I GG als eine Einheit gesehen werden muß, die auch eine einheitliche Beurteilung der Grundrechtseigenschaft erfordert.

Oft ist es nur dem Zufall zuzuschreiben, ob eine Verletzung des Art. 103 I GG dessen positiven oder den negativen Bereich betrifft. Für den Betroffenen bleibt es sich gleich, ob ihm der Richter nicht die Freiheit läßt, seine Darlegungen zu Ende zu führen oder ob er ihn zwar gewähren läßt, aber nicht mehr zuhört; beide Male ist das Recht auf das "Gehörtwerden" verletzt; im ersten Fall als Freiheitsrecht, im zweiten Fall als Recht des positiven Status. Wird der Entscheidung eine Tatsache zugrunde gelegt, die dem Betroffenen nicht bekannt gegeben worden war, so ist das Recht auf das "Hören" als positives Statusrecht verletzt, wenn (wie in der Regel) ein Anspruch auf Mitteilung bestand, als negatives Statusrecht, wenn die Mitteilung (vielleicht sogar rechtmäßig) unterlas-

---

verwiesen werden.

339 Das scheint die Lehre Dürig's, MD Art. 1 Rn 84-88, von der Lückenlosigkeit des Schutzes der Menschenwürde durch die Grundrechte nicht zu berücksichtigen. Nach ihr soll jede Verletzung der Menschenwürde, die nicht durch Spezialgrundrechte abgewehrt wird, mindestens Verletzung von Art. 2 I oder 3 I GG sein. Daß sie aber für den status positivus versagt, hat Dürig, MD Art. 1 Rn 13 Anm 1, auf entsprechenden Hinweis von Löw, Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage? DÖV 58, 516 ff (520), anerkannt. Ersatzweise versucht er, auch für den positiven Bereich einen umfassenden Grundrechtsschutz unter Heranziehung des Sozialstaatsprinzips in Verbindung mit Art. 1 I GG zu erreichen. Dazu ist zu bemerken: Zwar läßt sich auf solche Weise ein Rechtsreflex in ein subjektives Recht verwandeln, aber damit ist noch lange kein Grundrecht gegeben. Weiter: Der Sozialauftrag ist wohl geeignet, materielle Verschaffungsrechte (zB auf Fürsorgeunterstützung; vgl Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12, 37 ff (42); Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: GR II, 1 ff (besonders Anm 12); MD Art. 1 Rn 44; BVerwGE 1, 159) zu rechtfertigen, er vermag aber nicht, einen etwa fehlenden Art. 103 I GG zu ersetzen, da das rechtliche Gehör nicht aus dem Sozialstaatsprinzip, sondern aus dem des Rechtsstaats (und der Menschenwürde) folgt.

sen worden war, aber die Tatsache deshalb hätte nicht zugrunde gelegt werden dürfen. Wieder bleibt die Lage und Schutzwürdigkeit des Betroffenen dieselbe.

Diese Beispiele zeigen, daß - obwohl es notwendig war, das Recht des Art. 103 I GG auf seine Statuszugehörigkeit zu untersuchen - es sich bei den beiden Teilen des Art. 103 I GG trotz verschiedener Statuszugehörigkeit nur um zwei Seiten desselben Rechts handelt. Die Möglichkeit verschiedener Betrachtung darf aber nicht zu einer Zerreißung von gleichwertigen Teilen in zwei verschieden zu behandelnde Teilrechte führen. Vielmehr ist das Recht auf rechtliches Gehör als Einheit aufzufassen. Dies zwingt dann in Ausdehnung der für den negativen Bereich gefundenen Einsicht zu der Annahme, daß das GG mit diesem Recht insgesamt ein Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts gewährt.

4. Übereinstimmende und abweichende Ansichten in Schrifttum und Rechtsprechung

Im Ergebnis besteht daher Einigkeit mit der herrschenden Meinung [340]. Ein Teil des Schrifttums geht nicht so weit. Da oft der Frage nach der Grundrechtseigenschaft keine besondere Bedeutung beigemessen wird, begnügen sich vorsichtig manche Autoren damit, in Art. 103 I GG ein grundrechtsähnliches [341] Recht oder eine grundrechtsgleiche Gewährleistung [342] festzustellen, ohne aber die Unterschiede genügend erkenntlich zu machen. Nach Menzel [343] hat das

---

340 Diese vertritt vor allem Dürig, MD Art. 103 Rn 8. Ebenso entscheiden, freilich meist ohne Begründung: v. Mangoldt, Kommentar 40; Giese, Kommentar, Art. 103 Erl1; Holtkotten, BK Art. 103 Erl II 1; Hamann, Kommentar 74, 419; derselbe AnwBl 58, 142; Maunz, Staatsrecht 85; Baur AcP 153, 394 f; Jagusch NJW 59, 265; Arndt NJW 60, 1192; v. Winterfeld NJW 61, 851; B. Wolff JöR 9, 85; Pfeiffer 214; Hohenester DRiZ 59, 214; Habscheid, Grundfragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, RPfl 57, 164 ff (171); Heiss, Rechtliches Gehör - auch bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung, NJW 61, 1094 ff (1095); Parsch, Anmerkung zu OLG Stuttgart NJW 59, 2080, NJW 60, 63; Zinn, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, Tübingen 1950, 68. Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 1, 332 (347); 1, 418 (429); 2, 336 (341); 7, 61 (62); 7, 109 (111); 7, 239 (241); 7, 275 (278, 281); 8, 102 (103); 9, 89 (durchgehend); 9, 120 (indirekt); 9, 256 (259); BayVerfGHE 5, 30 (40); 6, 136 (139); BVerwG BaWüVBl 57, 8; OLG Koblenz JZ 59, 31.

341 Peters JZ 58, 435; Röhl NJW 53, 1531; Hill, Amtsermittlungspflicht und rechtliches Gehör in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, MDR 59, 818.

342 Arndt NJW 59, 6; Kleinknecht-Müller, Einleitung 12 I b.

343 Grundgesetz und Verfassungswirklichkeit, DVBl 59, 346 ff (352).

Bundesverfassungsgericht das Recht auf rechtliches Gehör "praktisch zu einem Grundrecht ausgebaut". Die Grundrechtseigenschaft verneint insbesondere auch Ule [344], dem die Zurückführung des rechtlichen Gehörs auf die Achtung der Menschenwürde zu tief greift. Nach ihm enthält Art. 103 I GG lediglich eine Gewährleistung innerhalb des Verfahrens der Rechtsprechung, bei der es in erster Linie um andere Dinge als um Menschenwürde und Freiheitsbeeinträchtigung gehe.

Ebenso finden sich in der Rechtsprechung Entscheidungen, die sich scheuen, Art. 103 I GG als Grundrecht zu bezeichnen [345]. Hier ist diese Zurückhaltung auch zu begrüßen, da die zur Entscheidung stehenden Fälle eine weitere Stellungnahme nicht erforderten.

§ 6

Die Auswirkungen der Grundrechtseigenschaft des Art. 103 I GG

Da Art. 103 I GG ein Grundrecht enthält, ergeben sich die oben [346] angedeuteten Folgerungen und Probleme; allerdings nur, soweit sie für Art. 103 I GG überhaupt Bedeutung erlangen können. Es muß jetzt versucht werden, die hier-

---

344 DVBl 59, 541 f.

345 Eine Bezeichnung unterbleibt völlig in: BVerfGE 5, 9(10); 6, 12; 6, 19; 7, 340; 8, 89; 8, 184; 8, 208. Im übrigen werden folgende Ausdrücke verwendet:
"Grundsatz": BVerfGE 7, 95(98); 7, 239(240); 7, 275(278, 281); BVerwGE 4, 158; BVerwG JZ 55, 648; BVerwG DVBl 59, 777; BGHZ 6, 335(341); 12, 96(98); 13, 265(270); BGH LM Nr 2 zu § 548 ZPO; BSGE 5, 158(164); Bay VerfGH NJW 59, 285(286); BayObLGSt 1955, 140(141); BayObLGZ 1951, 412(417); 1956, 54(61); 1956, 433; 1957, 53(58); OLG Hamm JMBlNRW 57, 197 f; OVG Münster DÖV 53, 319; VGH Kassel NJW 56, 1940;
"Anspruch": BVerfGE 8, 197(206); BVerwGE 7, 230; BGHSt 10, 358(361); 11, 88; 11, 288(292); BayVerfGHE 11, 190(195);
"Recht": BVerfGE 7, 53(56); 8, 155(163); BDHE 3, 120; BayVerfGHE 4, 21(28); 5, 30(40);
"Grundrechtsähnliches Recht": BVerfG BB 60, 582.

346 S. oben § 5 I.

bei entstehenden Zweifelsfragen zu klären.

I Die Bedeutung des Art. 1 III GG für Art. 103 I GG

Eine erwähnenswerte Besonderheit besteht hier lediglich bezüglich der Bindung der Gewalten. Sicherlich gebunden ist die Rechtsprechung. An sie ist Art. 103 I GG primär adressiert. Ebenfalls zu bejahen ist die Bindung des (einfachen)[347] Gesetzgebers. Er ist allerdings nicht durch das Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts, sondern durch Art. 103 I GG als objektive Verfassungs- und Verfahrensnorm[348] gebunden. Dagegen ist eine Bindung der vollziehenden Gewalt an Art. 103 I GG schlechthin ausgeschlossen, denn diese hat keine Gelegenheit, ihn beachten zu müssen oder verletzen zu können[349]. Bezüglich der Aktualität des Art. 103 I GG sind keine Besonderheiten zu vermerken.

II Die Anwendbarkeit des Art. 19 I-III GG auf Art. 103 I GG

Zweifelhaft ist es, wie weit eine Anwendung des Art. 19 I-III GG auf Art. 103 I GG möglich ist. Denn Art. 19 GG meint schon nach seinem Wortlaut nicht alle Grundrechte, sondern nur besonders gestaltete.

1. Art. 19 I GG

Da Art. 19 I GG sich nur auf Grundrechte bezieht, die nach dem GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden können, kann er für Art. 103 I GG keine Bedeutung haben.

2. Art. 19 II GG

Aus demselben Grunde scheint die Anwendbarkeit des Art. 19 II GG zu entfallen, falls er sich nur an den einfachen, nicht an den verfassungsändernden Gesetzgeber wendet. Ob dies der Fall ist, kann allerdings zweifelhaft sein. Unbe-

---

347 Für den Verfassungsgeber gilt der insoweit überflüssige Art. 79 III GG; vgl MD Art. 1 Rn 103; Hamann, Kommentar 74; v. Mangoldt, Kommentar 45.

348 Vgl MK 79; MD Art. 103 Rn 16.

349 Eine solche Bindung käme erst in Frage, wenn einmal ein Grundrecht auf rechtliches Gehör vor Verwaltungsbehörden in das GG eingefügt werden sollte - was Art. 70 I GG zuläßt -; allerdings ist bereits heute ein Menschenrecht im Sinne von Art. 1 II GG insoweit gegeben, als das rechtliche Gehör Ausdruck der Menschenwürde ist.

zweifelbar wäre es so, wenn der Art. 19 II dem Art. 19 I GG als letzter Satz angehängt worden wäre. Dies geschah jedoch nicht, wohl, um die Bedeutung des Satzes von der Wesensgehaltssperre nicht zu verdecken. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 19 I und II GG[350] geht hervor, daß beide Bestimmungen als zusammengehörig angesehen wurden und im Laufe der mehrmaligen Umstellungen und Wortlautsänderungen auch zeitweilig in einem besonderen Artikel vereint waren, bevor sie später mit den heutigen Absätzen III und IV zusammengefaßt wurden. Nach Maunz[351] soll sich Art. 19 II GG überhaupt nicht auf die Grundrechte außerhalb des Katalogs erstrecken. Dem stimmt Klein zu[352]; an anderer Stelle[353] lehrt er jedoch, daß Grundrecht im Sinne des Art. 19 II GG auch die Bestimmung des Art. 103 I GG sei. Trotzdem gelangt er zu dem Ergebnis, Art. 19 II GG gelte nicht für den Verfassungsgesetzgeber[354]. Dies ist richtig; denn woran der Verfassungsgesetzgeber gebunden ist, das ergibt sich aus Art. 79 III GG, soweit es nicht schon durch das überpositive Recht entschieden ist. Um eine Bindung des Verfassungsgebers auszusprechen, war also Art. 19 II GG nicht mehr nötig. Wollte man ihn zu Unrecht doch so auslegen, so hätte er zudem insoweit kaum einen Anwendungsbereich, da sich der Wesensgehalt der Grundrechte meist mit ihrem Menschenrechtsgehalt deckt. Daß der Verfassungsgesetzgeber aber auch an den Wesensgehalt nur staatsgesetzlich begründeter Grundrechte gebunden sein soll, ist mangels einer klareren Ausdrucksweise nicht anzunehmen. Daher ist durch Art. 19 II GG dem Verfassungsgesetzgeber nicht verboten, den Art. 103 I GG zu ändern.

Trotzdem behält jener seine Bedeutung für den Satz vom rechtlichen Gehör[355]. Art. 19 II GG ist nämlich nicht nur in Verbindung zu einschränkenden einfachen Gesetzen zu verstehen. Vielmehr verbietet er auch alle den Wesensgehalt antastenden sonstigen Begrenzungen, soweit solche überhaupt noch denkbar sind, etwa zu weitgehende sogenannte systematische sachliche Gewährleistungsschranken[356], desgleichen die Annahme zu weiter immanenter Schranken, wie sie jedem Grundrecht an sich schon zukommen. Dies ist auch bei Art. 103 I GG stets zu beachten.

3. Art. 19 III GG

Dieser Absatz läßt das Wesen eines Grundrechts darüber entscheiden, ob es auch (inländischen) juristischen Personen zustehen soll. Da Art. 103 I GG ausschließlich das gerichtliche Verfahren betrifft, gewährt er deshalb juristischen

---

350 JöR 1, 176 ff; vgl auch Wernicke, BK Art. 19 Erl I.
351 Staatsrecht 86. 352 MK 116. 353 MK 554. 354 MK 565.
355 Anders Hamann, Kommentar 197; Pfeiffer 161.
356 Im Sinne von MK 125 f.

Personen [357] stets dann das rechtliche Gehör, wenn sie dort als Beteiligte wie natürliche Personen auftreten können [358], zB im Verwaltungs- und Zivilprozeß, anders oft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Zweifelhaft kann dies für den Staat sein, besonders wenn er hoheitlich beteiligt ist. Denn es wird gelehrt, der Staat könne nicht Grundrechtsträger sein, da es das Wesen der Grundrechte sei, gegen den Staat gerichtet zu sein [359]. Trotzdem wird fast einheitlich angenommen, daß der Staat sich auf die Verletzung seines rechtlichen Gehörs berufen können soll [360]. Darin liegt für diejenigen keine Inkonsequenz, die in Art. 103 I GG kein Grundrecht sehen [361]. Dagegen finden Fuß [362] und Dürig [363] mit Recht Anlaß zur Auseinandersetzung mit dem Problem und versuchen, ihm gerecht zu werden, indem sie meinen, es handle sich hier in Wahrheit nicht mehr um die Geltendmachtung von Individualgrundrechten, sondern um die Durchsetzung verfassungsrechtlich gewährleisteter (objektiver) Prozeßgrundsätze„ sodaß man nach Dürig hier tatsächlich von grundrechtsgleicher Gewährleistung sprechen könne.

Abgesehen davon, daß dieser Ausdruck nicht zur Klarheit beiträgt [364], ist nicht

---

357 Und zwar auch ausländischen; dies folgt aus seiner Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip; vgl BVerfG JZ 61, 84.

358 MD Art. 19 III Rn 10; Art. 103 Rn 12 f; MK 568 (die entgegengesetzte Auffassung auf Seite 116 ist inzwischen berichtigt worden); Hamann AnwBl 58, 146; Pfeiffer 4 und 162; Fuß, Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger? DVBl 58, 739 ff (746); das Bundesverfassungsgericht weicht aus, da es sich wegen § 90 BVerfGG nicht festzulegen braucht; BVerfGE 3, 359 (363) redet von sinngemäßer Anwendung des Art. 19 III.

359 MD Art. 19 III Rn 29 ff mwN; Art. 103 Rn 14; Arndt NJW 59, 7 Anm 12; für de hoheitlich handelnden Staat auch Ule DVBl 59, 541 und BVerfG BB 60, 582.

360 MD Art. 103 Rn 14; Fuß DVBl 58, 746; Arndt NJW 59, 1301 Anm 23; Hamann, Kommentar 419; Pfeiffer 4 und 215; für den Staatsfiskus auch BVerfGE 6, 45 (49 f) dem Sinne nach; BVerfG BB 60, 582; Leise, Anmerkung zu OLG Frankfurt NJW 60, 736, ebenda. Röhl NJW 53, 1531 will auch Behörden als Prozeßparteien den Anspruch auf rechtliches Gehör zubilligen, eine Verfassungsbeschwerde hält er jedoch insoweit für undenkbar.

361 Insbesondere Arndt NJW 59, 1301 Anm 23 in Verbindung mit Arndt NJW 59, 6.

362 DVBl 58, 746.

363 MD Art. 19 III Rn 23; Art. 103 Rn 14; derselbe, Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, in: Festschrift für Willibalt Apelt, Berlin und München 1958, 13 ff (39 f Anm 63).

364 "Grundrechtsgleich" heißt "nicht verschieden von einem Grundrecht". Diese Gleichheit besteht aber sicher nicht mehr, wenn es am subjektiven Recht

ersichtlich, wie der Staat die Verfassungsbeschwerde erheben können sollte, da er doch nach dieser Lehre nicht behaupten könnte, in seinem in Art. 103 I GG enthaltenen (zu ergänzen ist: subjektiven) Rechte verletzt zu sein (§ 90 BVerfGG). Wenn Dürig [365] zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde auch die Behauptung der Verletzung des Art. 103 I GG als objektiver Verfahrensnorm genügen lassen will, so kann dem im Hinblick auf § 90 BVerfGG (in einem "seiner" Rechte) nicht gefolgt werden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat bereits ausgesprochen, daß stets die Verletzung eines individuellen, subjektiven Rechts behauptet werden muß [366]. Ein bloßer Rechtsreflex aus einer objektiven Verfahrensnorm eröffnet nicht die Verfassungsbeschwerde.

Zur Lösung der Frage ist vom Wortlaut des Art. 19 III GG auszugehen. Danach ist auf das Wesen des Grundrechts aus Art. 103 I GG auch für die Frage abzustellen, ob es dem Staate zustehen kann. Dabei ist zu bedenken, daß der Staat nach dem geltenden Recht (insbesondere wegen der Trennung der Gewalten) [367] wie ein Bürger vor Gericht Recht suchen muß, daß er aus seiner Hoheitsgewalt in die Rolle des dem richtenden Staat unterworfenen Prozeßbeteiligten hinabgezwungen wird [368]. Dann ist es aber ein Gebot der Gerechtigkeit, dem Staat auch die gleichen Chancen wie dem Bürger zu gewähren, seinen Prozeß zu gewinnen. Dazu gehört auch, daß der Staat ein subjektives Recht auf rechtliches Gehör haben muß. Es wäre nicht gerechtfertigt, ihn hier schlechter zu stellen als den Bürger und ihm die Verfassungsbeschwerde dadurch zu versagen. Eine bloß objektive Gewährleistung durch das Gericht ohne Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde genügte nicht. Die Erfahrung lehrt, daß der das Richteramt ausübende Staatsdiener ebensogut aus übertriebenem Neutralitätsstreben das rechtliche Gehör der (für den Staat tatsächlich beteiligten) staatlichen Stelle verletzen wie er möglicherweise auch zu einer Bevorzugung des Staates neigen kann. So wird man eingestehen müssen, daß das subjektive verfassungsmäßige Recht des Art. 103 I GG auch dem Staat als Hoheitsträger zukommt [369]. Sind aber Staat und einzelner Bürger bezüglich des Art. 103 I GG völlig gleichgestellt, so ist es nur noch eine terminologische, keine sachliche Änderung mehr, sogar von einem Grundrecht des Staates zu sprechen. Dies mag zwar ketzerisch

---

fehlt, was doch anscheinend der Ausdruck "verfassungsrechtlich gewährleisteter (objektiver) Prozeßgrundsätze" besagen soll.

365 MD Art. 103 Rn 26.

366 BVerfGE 3, 58 (136); 3, 288 (333); 4, 205 (210).

367 Vgl BVerfGE 6, 50.

368 Hier wurde die Formulierung in MD Art. 19 III Rn 33 zugrunde gelegt.

369 Wenn das BVerfG BB 60, 582 dies nicht annehmen zu können glaubt, so übersieht es, daß auch der hoheitlich handelnde Staat Prozeßbeteiligter auf der Ebene der Gleichberechtigung sein kann.

klingen, ist aber im Grunde mit der Lehre verträglich, daß sich die Grundrechte gegen den Staat richten. Um dies zu erklären, braucht man nur einmal, ohne daß dabei das Dogma von der Einheit der Staatsgewalt angetastet würde, etwas genauer zu beleuchten, wie sich Art. 103 I GG für den Staat auswirkt. Dann sieht man: Während sich im Normalfall die Grundrechte gegen alle drei Staatsgewalten richten, ist hier letztlich nur die Rechtsprechung Grundrechtsadressat [370]. Denn auch wenn dem Gesetzgeber bereits durch Setzung einer Rechtsnorm ein Verstoß unterläuft, kann das subjektive Grundrecht des einzelnen immer erst vor Gericht und vom Gericht durch Anwendung dieser nichtigen Norm verletzt werden. Ist nun der Staat selbst, und zwar stets in seiner Eigenschaft als Exekutive, der Verletzte, so richtet sich gleichsam dieses Grundrecht der vollziehenden Gewalt gegen die rechtsprechende Gewalt, also nicht gegen den eigenen Teil der Staatsgewalt [371]. Damit dürfte der "horror" vor dem "Widerspruch in sich", dem "Unding" usw [372] etwas an Berechtigung eingebüßt haben [373]. Kann aber der Staat als Hoheitsträger sich auf das Grundrecht aus Art. 103 I GG berufen, so gilt dies umso mehr für den Fiskus und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts.

III Die Schranken des Grundrechts aus Art. 103 I GG

Mit der Anerkennung der Grundrechtsqualität des Art. 103 I GG taucht das Problem auf, inwieweit diesem seinem Wortlaut nach schrankenlosen Recht Begrenzungen zukommen. Wie ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, ist dies eines der Hauptprobleme in der praktischen Anwendung des Satzes vom rechtlichen Gehör. Bisher ist jedoch noch zu wenig beachtet worden, daß die angeblichen Ausnahmen, durch die das rechtliche Gehör oft verdrängt sein soll, nicht nur aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und mittels einer Interessenabwägung im Einzelfall bestimmt werden können [374], sondern daß sie sich letztlich nur als

---

370 S. oben I.

371 Mit der Gewaltenteilung im Sinne gegenseitiger Gewaltenhemmung hat das allerdings nichts zu tun.

372 Vgl MD Art. 19 III Rn 30 Anm 1.

373 Dem kann nicht mit dem Einwand begegnet werden, bei Schaffung eines Grundrechtes auf rechtliches Gehör vor den Verwaltungsbehörden entfalle dieses Argument. Denn hoheitlich handelnde Verwaltungsbehörden stehen sich nicht so gegenüber wie Staat und Bürger. Stets kann eine beiden Behörden übergeordnete Behörde entscheiden. Sind verschiedene Staaten beteiligt, so gelten Sonderregelungen (insbesondere die Art. 84-86 GG).

374 So aber BVerfGE 9, 89 (95); MD Art. 103 Rn 44 ff; Baur AcP 153, 393 ff; ge-

Schranken eines Grundrechts rechtfertigen lassen. Diese Rechtfertigung soll jetzt vorbereitet werden.

Dabei wird im folgenden unter Einschränkung eine Begrenzung des Rechts verstanden, die ihm auf Grund der Verfassung durch einfaches Gesetz gegeben werden kann, während alle Begrenzungen, die sich bereits aus der Verfassung selbst ergeben, als Schranken bezeichnet werden sollen [375].

1. Die Schrankenlehren im allgemeinen

Der Herrenchiemsee-Entwurf enthielt noch zwei allgemeine Bestimmungen über die Begrenzung der Grundrechte, nämlich dahingehend, daß die Grundrechte im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen seien und Einschränkungen nur durch Gesetz und unter der Voraussetzung zulässig sein sollten, daß es die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit zwingend erforderte. Diese Sätze wurden jedoch später fallen gelassen, weil sie die Grundrechte entwerten könnten [376].

Für das GG wird daher vereinzelt behauptet, die Grundrechte seien keinen anderen Begrenzungen unterworfen als denen, die sich aus der gesetzlichen Umschreibung des Inhalts und aus etwa zugefügten Gesetzesvorbehalten ergeben [377]. Überwiegend ist jedoch anerkannt, daß es überhaupt keine grenzenlosen Grundrechte gibt, daß vielmehr schon wegen der Notwendigkeit menschlichen Zusammenlebens alle Rechte, auch die Grundrechte, nicht so weit reichen, wiedies nach ihrem Wortlaut den Anschein haben könnte, sondern gemeinschaftsbezogen und damit begrenzt sind [378]. Diese Gemeinschaftsbezogenheit folgt für das GG im Grundsatz schon aus dem Sozialstaatsprinzip [379].

---

gen eine bloße Interessenabwägung schon Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung 24 f.

375 Vgl zu dieser Terminologie Bachof GR III 1, 170 Anm 58.

376 Vgl JöR 1, 43.

377 BGH BB 55, 1036; Hamann, Kommentar 64; aM derselbe AnwBl 58, 142 f.

378 Bachof GR III 1, 207; Dürig, Anmerkung zu BVerfGE 6, 32, JZ 57, 169 ff; Maunz, Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, 141 ff (146); MD Art. 2 I Rn 69 aE mwN; Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung 22 f; Nawiasky, Grundgedanken 22; Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde 89; Herbert Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 55, 201 ff (204); Lassally, Schranken der Grundrechte, MDR 53, 76 f; wohl auch Scheuner, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DÖV 56, 65 (66); BVerfGE 4, 7 (15 f).

379 Bachof GR III 1, 207; derselbe VVDStRL 12, 37 ff (42); ein ganz anderes The-

Die daraus abzuleitende Begrenzung der Grundrechte ist auf verschiedene Weise versucht worden. Eine weitverbreitete Meinung geht dahin, daß allen Grundrechten Schranken durch das Wesen der Sache gesetzt sind, ihnen "inhärent" oder "immanent" sind [380]. Soweit jedoch diese Schranken nicht näher bestimmt werden, sondern alles dem Einzelfall überlassen bleibt, überzeugt diese Lehre nicht. Ähnlich unbestimmt ist die Formel, die die Grundrechte allgemein ihre Grenze dort finden läßt, wo überragende Forderungen des Gemeinwohls dies unabdingbar gebieten [381]. Der Sache nach mag diese Lehre im wesentlichen richtige Ergebnisse zulassen, aber auch ihr wie andern allgemeinen Immanenzlehren gegenüber bemerkt Herbert Krüger [382] mit Recht, daß sie eine Verbindung zur geschriebenen Verfassung vermissen lassen. Dies hat auch für die in ständiger Rechtsprechung vom Bundesverwaltungsgericht angewandte Formel zu gelten [383], nach der die Grundrechte nicht in Anspruch genommen werden dürfen, "wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden" [384].

Anspruch auf Verfassungstreue kann eigentlich nur die Schrankensystematik Klein's [385] und die Lehre derer erheben, die den Soweit-Satz des Art. 2 I GG zur Begrenzung aller Grundrechte nutzbar machen. Dieser letzte Gedanke ist schon bald nach Entstehen des GG aufgetaucht [386], jedoch erst von Dürig [387] ausgebaut, aber auch im Gegensatz zu andern Autoren maßvoll eingegrenzt worden. Die Lehren Klein's und Dürig's schließen einander grundsätzlich nicht aus [388].

---

ma behandelt - obwohl der Titel auf das Schrankenproblem und auf das Sozialstaatsprinzip hinweisen könnte - Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954.

380 Vgl die Literaturnachweise bei Herbert Krüger aaO Anm 4; weiter auch E. R. Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht II, DÖV 56, 135 ff (135 zu Anm 21); Scholtissek, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, NJW 52, 561 ff.

381 E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl. Tübingen 1953, 663; ähnlich Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung 25.

382 NJW 55, 202.

383 Vgl die Kritik hieran bei Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 57, 334 ff (337 Nr 13 f); MD Art. 2 I Rn 70.

384 Nachweise bei MD Art. 2 I Anm 2 zu Seite 57; aus neuerer Zeit ist BVerwGE 6, 13 (17) nachzutragen.

385 MK 120 ff.

386 OVG Münster JZ 51, 276 mwN; Maunz, Laforet-Festschrift 146; Scholtissek NJW 52, 563; Lassally NJW 53, 76; v. Mangoldt, Kommentar 47; MK 130; Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde 89.

387 JZ 57, 169 ff; MD Art. 2 I Rn 72 ff.

388 Wegen der allerdings wichtigen Ausnahme bezüglich der allgemeinen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken s. unten 2 am Anfang.

wenn dies auch der Terminologie nach so scheinen könnte [389]; vielmehr ergänzen sie einander [390]. Soweit sie für Art. 103 I GG Bedeutung erlangen können, bedürfen sie näherer Betrachtung.

2. Die Anwendbarkeit der Lehre Klein's von den Grundrechtsschranken

Die umfangreiche Schrankenlehre Klein's interessiert hier nur teilweise. Da Art. 103 I GG vorbehaltslos ist, kommen Vorbehaltsschranken nicht in Frage. Nach Klein [391] sollen allerdings - im Gegensatz zu Dürig - allgemeine Vorbehaltsschranken für alle Freiheitsrechte des GG in dem sogenannten allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 I 2. Halbsatz GG statuiert sein. Wenn also ein Grundrecht keine besonderen Vorbehalte aufweist, soll es durch die Rechte anderer, das Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung (im Sinne der Auslegung, die für diesen Soweit-Satz im Rahmen des Art. 2 I GG gilt) begrenzt sein. Diese These ist jedoch nicht haltbar. Den Vorzug verdient Dürig's [392] Ansicht, daß fehlende Begrenzungsmöglichkeiten rechtserhebliches Schweigen des Verfassungsgebers sind, weil sonst alle Differenzierungen der Schrankensystematik eingeebnet würden. Vor allem wären sonst scheinbar vorbehaltslose Freiheitsrechte durch Art. 2 I 2. Halbsatz GG enger begrenzt als einige mit ausdrücklichen besonderen Vorbehalten, was einer Verdrehung des Verfassungstextes gleichkommen müßte. Die dadurch entstehende Lücke in der Schrankensystematik kann aber Dürig's Lehre von den Nichtstörungsschranken ergänzend ausfüllen.

Von den aus Klein's Lehre verbleibenden Gewährleistungsschranken haben die persönlichen im Rahmen des Art. 103 I GG keine Bedeutung, da jedermann begünstigt ist [393]. Bei den sachlichen Gewährleistungsschranken unterscheidet Klein

---

389 Der Ausdruck "immanente Schranken" wird in völlig verschiedenem Sinn verwandt; vgl einerseits MK 124, 126, andererseits MD Art. 2 I Rn 73 ff; im folgenden wird er nur im Sinne Klein's gebraucht. Die "immanenten Schranken" im Sinne Dürig's sind, in das System Klein's eingeordnet, "verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken".

390 Dieser Ansicht ist auch Bachof; denn einerseits (JZ 57, 337 und GR III 1, 167 Anm 47) ist er Dürig beigetreten, andererseits (GR III 1, 170 Anm 58) hält er Klein's Schrankensystematik in der Sache im wesentlichen für zutreffend.

391 MK 130, 176 f; ebenso Herbert Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl 50, 625 ff (627).

392 MD Art. 2 I Rn 69.

393 Daß nur die jeweils am Gerichtsverfahren Beteiligten anspruchsberechtigt sind, ist keine persönliche, sondern eine immanente sachliche Gewährleistungsschranke; denn jedermann kann in diese Lage kommen. Auch kommen bei Art. 103 I GG besondere Gewaltverhältnisse als persönliche Gewährleistungsschranken nicht in Frage (hierzu allgemein: MK 129, 133 ff; Bachof GR

zwischen immanenten und systematischen Schranken. Die immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken ergeben sich aus der Einzelgrundrechtsbestimmung, nämlich aus dem Begriff des dort gewährleisteten Objekts. Sie sind daher auch für Art. 103 I GG festzustellen, indem die Begriffe "vor Gericht", "rechtliches Gehör" und "jedermann" geklärt werden, indem also, in der üblichen Terminologie, der "Geltungsbereich", der "Inhalt" und die "Berechtigten" bestimmt werden. Es bleiben dann noch die systematischen sachlichen Gewährleistungsschranken übrig, die sich daraus ergeben können, "daß bei der Inanspruchnahme einer in der fraglichen Hinsicht nicht eingeschränkten und auch nicht einschränkbaren Grundrechtsbestimmung gleichzeitig - mit derselben Lebenshandlung - eine andere in der fraglichen Hinsicht .... eingeschränkte oder .... einschränkbare Grundrechtsbestimmung in Anspruch genommen wird" [394]. Welche Grundrechtsbestimmung dann gegebenenfalls um einer anderen willen erweitert wird oder welche um der Begrenzungen der andern willen nicht in Anspruch genommen werden kann und daher Schranken aufweist, ist auf Grund einer Güterabwägung nach dem Gewicht der verschiedenen Grundrechte zu beurteilen "und hängt entscheidend davon ab, welches Grundrecht primär und unmittelbar tangiert wird" [395]. Hier ist eine Güterabwägung berechtigt; denn es handelt sich um zwei konkurrierende Grundrechte, also um Rechtssätze derselben Stufe in der Normenhierarchie. Dagegen ist eine Güter- oder Interessenabwägung bedenklich, wenn ein Grundrecht und ein einfacher Verfahrensgrundsatz sich gegenüberstehen [396]. Diese Grundsätze haben auch für Art. 103 I GG Geltung. Sofern sich einmal eine derartige Grundrechts-Kollision ergibt, muß geprüft werden, ob Art. 103 I GG dadurch eine Schranke auferlegt ist, also dem Anschein nach eine Ausnahme Platz greift.

3. Die Anwendbarkeit der Lehre Dürig's von den Nichtstörungsschranken

Diese Lehre geht von Art. 2 I GG aus; sie ist also auf Freiheitsrechte zugeschnitten [397]. Sie ist daher für Art. 103 I GG, der auch einen negativen Bereich hat, nicht bedeutungslos. Eine später zu prüfende Frage ist, ob sie für den positiven

---

III 1, 175 f). Denkbar wäre höchstens, daß das rechtliche Gehör wegen eines mit Freiheitsentziehung verbundenen besonderen Gewaltverhältnisses nicht ausgeübt werden könnte. Dem wird aber dadurch abgeholfen, daß schriftliches rechtliches Gehör gewährt wird; vgl aus der Rechtsprechung BGHSt 1, 269.

394 MK 125.

395 So Bachof GR III 1, 171 in Fortbildung von MK 125; vgl auch Roemer 571, 573.

396 Dazu s. oben § 4 II 3 c dd aE und unten § 10 durchgehend.

397 Dürig spricht allerdings oft von "allen Grundrechten" immanenten Schranken; vgl MD Art. 2 I Rn 69 aE, 70 aE, 72 aE, 73, 74, 75 aE.

Bereich des Art. 103 I GG nutzbar gemacht werden kann.

a) Im negativen Bereich des Art. 103 I GG

Wie schon ausgeführt, dürfen nicht alle Einzelfreiheitsrechte als unmittelbar durch Art. 2 I 2. Halbsatz GG begrenzt angesehen werden. Es gibt also keine ausdrücklichen allgemeinen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken im Sinne Klein's. Davon völlig getrennt sieht Dürig [398] aber mit Recht in Art. 2 I GG die Verdeutlichung einer grundgesetzlichen Wertentscheidung gegen irgendeine schrankenlose Freiheit und ermittelt aus dem Soweit-Satz für diese Fälle "Auslegungsmaßstäbe für Gemeinschaftswerte, die von der Verfassung als Bindungen der individuellen Freiheiten vorausgesetzt werden", nämlich "drei primitive Nichtstörungsschranken" [399]; denn "Art. 2 I enthält - vorsichtig formuliert - mindestens auch die Minimalaussage, daß es nicht der Menschenwürde des Art. 1 I widerspricht, wenn der Freiheitsträger als solcher stets in seinen Bindungen gesehen wird" [400]. Man könnte hier in Anlehnung an Klein's System von stillschweigenden allgemeinen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken sprechen.

Gebunden ist nun der Träger eines Freiheitsgrundrechts zunächst rechtslogisch durch die (privaten und öffentlichen) Rechte anderer. Ebenso unbezweifelbar besteht eine ähnliche Bindung durch die ethische Schranke des Sittengesetzes. Beides hat Dürig überzeugend dargelegt [401], ohne daß wohl ernstlicher Widerspruch in Frage käme. Beide Schranken scheinen für Art. 103 I GG allerdings keinen allzugroßen Anwendungsbereich zu haben. Jedoch sind Fälle denkbar, in denen eine Berufung auf das Grundrecht hier scheitern muß [402]. Darüber hinaus hat nun Dürig [403] die These aufgestellt, daß es gewisse Gemeinwohlforderungen gebe, zu deren Beachtung jedermann erkennbar verpflichtet sei. Bei deren Entwicklung

---

398 MD Art. 2 I Rn 4 bb und Rn 69 ff.

399 MD Art. 2 I Rn 70; so auch Bachof GR III 1, 167 Anm 47; derselbe JZ 57, 337; derselbe, Anmerkung zu BVerwG JZ 58, 285, JZ 58, 288 (289).

400 MD Art. 2 I Rn 72.

401 MD Art. 2 I Rn 73 f.

402 Das bestreiten Hamann AnwBl 58, 142 f und Heinzmann 61 ff. Rechte anderer schließen zB möglicherweise das rechtliche Gehör in Verfahren aus, in denen ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung erstrebt wird. Denn eine Rechtsverletzung kann auch schon in einer drohenden Rechtsgefährdung gesehen werden. Die ist bei Verzögerungen in typischen Eilverfahren in der Regel gegeben. Auch das BVerwG läßt eine drohende Gefahr hier genügen, wenn es in seiner Formel sagt: "... wenn dadurch die ... notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden." Vgl auch MD Art. 2 Rn 13, andererseits aber auch die abweichende Begründung bei MD Art. 103 Rn 46. Die Schranke des Sittengesetzes schließt zB beleidigende oder in anderer Weise sittenwidrige Äußerungen vom Grundrechtsschutz aus.

403 MD Art. 2 I Rn 74 ff.

zieht er dann konsequenterweise den dritten Vorbehalt in Art. 2 I GG, den Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung", heran, dessen Substantiv "Ordnung" erkennen lasse, daß die Verfassung endlich eine gesellschaftliche Nichtstörungsschranke voraussetze, "die jede Grundrechtsausübung insoweit unzulässig macht, als sie zu einer Störung und Gefährdung der für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen unerläßlichen Gemeinwohlwerte anwächst". Hat man einmal die grundsätzliche Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte erkannt[404], und ist man sich darüber im klaren, daß die Gemeinschaft sich nicht in der Summe der einzelnen erschöpft, sondern darüber hinaus ein schutzwürdiges aliud darstellt, dessen Rechte nicht einfach die Rechte anderer sind[405], dann kann man nicht umhin, eine solche die Gemeinschaft schützende gesellschaftliche Nichtstörungsschranke anzuerkennen, soweit sie wirklich auf derart evidente Gemeinwohlwerte beschränkt bleibt, daß sie den Vergleich mit den primitiven Schranken der Rechte anderer und des Sittengesetzes erlauben und aushalten. Das Nichtbestehen dieser Schranke für die Grundrechte wäre ein Widerspruch des GG gegen sich selbst: Wollte es den Grundrechten überhaupt eine Bedeutung im praktischen Leben verschaffen, und davon gibt Art. 1 III GG das eindeutigste Zeugnis, so konnte es nicht den Boden zerstören, auf dem eine Grundrechtsbetätigung erst zu verwirklichen und zu gewährleisten ist, nämlich die staatliche Ordnung, soweit sie dazu dient, das völlige Durcheinander zu verhindern und zu beseitigen.

Was zu dieser elementaren Ordnung gehört und wo die Grenzen jeweils zu ziehen sind, hat Dürig[406] ebenfalls ausgeführt; es handelt sich hiernach genau um den Schutz der Rechtsgüter, den die Generalermächtigungen der Polizeigesetze der Polizei anvertrauen, also um den Schutz der öffentlichen Sicherheit (wie er auch im Strafrecht im Sinne der Normen über das Kriminalunrecht zum Ausdruck kommt) und der öffentlichen Ordnung[407].

---

404 S. oben zu Anm 378 f.

405 Vgl MD Art. 2I Rn 74; Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79 (1954), 57 ff (64 mwN).

406 MD Art. 2I Rn 76-87.

407 Das Ergebnis ist also fast dasselbe, das Art. 21 III des Herrenchiemsee-Entwurfes zum Gesetz erklären wollte, von dem Nawiasky, Grundgedanken 25, gesagt hat, er könne der Verfassungspraxis "manchen nützlichen Fingerzeig geben" und von dem Klein, MK 131, annimmt, die Gedanken seines Art. 21 I-III seien im wesentlichen in das GG eingegangen. Unter der allgemeinen Rechtsordnung im Sinne dieses Art. 21 III verstand man nämlich das allgemeine bürgerliche Recht (das von der Schranke der Rechte anderer umfaßt wird), das allgemeine Strafrecht und das allgemeine Polizeirecht (bei-

Dürig's Bestimmung des Begriffes dieser elementaren Ordnung als Voraussetzung aller Grundrechtsbetätigung ist wiederholt angegriffen worden[408]; jedoch leidet die Kritik daran, daß sie die Begriffe der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 I GG und der elementaren Ordnung als dritter allgemeiner Nichtstörungsschranke nicht genügend auseinanderhält[409] und weiter zu sehr auf der zum Schlagwort gewordenen "Polizeifestigkeit der Grundrechte"[410] verharrt. Soweit es sich um die im Begriff der öffentlichen Sicherheit zum Ausdruck kommende Schranke handelt, ist Dürig uneingeschränkt zuzustimmen, da er damit alle die Normen meint, die gegen ein nach dem allgemeinen Rechtsbewußtsein strafwürdiges Verhalten schützen sollen[411]. Schwieriger faßbar und daher mit größerer Vorsicht auszulegen ist dagegen die Schranke der stets wandelbaren öffentlichen Ordnung. Hier muß im Einzelfall der Gefahr begegnet werden, daß nach dem Wortlaut nach vorbehaltslose Grundrechte unzulässigerweise eingeschränkt werden könnten[412]. Aber im Prinzip ist auch diese Schranke gerechtfertigt. Überhaupt ohne Generalklausel ist noch keine Schrankenlehre ausgekommen. Dann hat aber die Generalermächtigung der Polizeigesetze vor andern immer noch den Vorzug, am schärfsten umrissen zu sein und am ehesten mit der aus Art. 2 I GG abzuleitenden elementaren Ordnung als der Voraussetzung aller Freiheitsbetätigung in Verbindung zu stehen.

Auch für Art. 103 I GG als Freiheitsrecht ist diese gesellschaftliche Nichtstörungsschranke nach ihrem Sinn anwendbar. Hier kann einmal der Fall vorkommen, daß die Ausübung des Grundrechtes durch Stellungnahme zum Prozeßstoff infolge einer strafbaren oder ordnungswidrigen Abschweifung zur Ausübung eines Scheinrechts wird, da in Wirklichkeit wegen Verstoßes gegen diese dritte Schran-

---

de der Schranke der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsprechend) sowie nicht ganz vorbehaltslos das allgemeine Steuerrecht (dies ist in den drei Nichtstörungsschranken im wesentlichen nicht enthalten); vgl JöR 1, 43.

408 Vgl die bei MD Art. 2 I Anm 3 zu Seite 71 zitierten Autoren.

409 Hierzu konnte allerdings Dürig's Ausdrucksweise in AöR 79, 57 ff noch verleiten.

410 Vgl hierzu Thoma GR u GPfl I, 19; derselbe, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, 183 ff (186 f): Äußere Grenzen der Polizeigewalt durch eine 4-Stufen-Folge von Rechtsnormen, vornehmlich durch Grundrechte.

411 Vgl MD Art. 2 I Rn 76; auch schon Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt 202.

412 Auch BVerfGE 9, 89 (106) überläßt die Abgrenzung in einem solchen Fall dem richterlichen Ermessen.

ke die Grenzen des Grundrechtes schon überschritten sind. Derartige Ausführungen können dann, ohne daß das Grundrecht berührt würde, abgeschnitten werden[413]. Ebenso ist der Fall denkbar, daß jemand mit Recht gar kein Gehör bekommt, zB unter Umständen im Ordnungsstrafverfahren wegen Ungebühr (§ 178 GVG). Auf derartige Fälle ist später[414] zurückzukommen.

b) Im positiven Bereich des Art. 103 I GG

Da aber Art. 103 I GG auch Grundrecht des positiven Status ist, muß geprüft werden, ob die Lehre von den Nichtstörungsschranken auch in diesem Bereich Bedeutung hat. Nach dieser Lehre ist die Handlungsfreiheit des einzelnen in drei Richtungen begrenzt. Soweit durch die Freiheitsbetätigung eins der drei elementaren Rechtsgüter verletzt wird, ist dieses Tun nicht mehr Grundrechtsausübung, sondern rechtswidrig und kann daher abgewehrt werden. Bei den Rechten auf Teilhabe ist die Situation eine andere: Hier ist der Staat der positiv tätige, er leistet, während der Bürger sich passiv verhält und nur empfängt. Da bei dieser Entgegennahme der staatlichen Leistung nicht von einer Handlungsfreiheit Gebrauch gemacht wird, kann auch keine der drei Nichtstörungsschranken direkt durch eine Handlung verletzt werden.

Trotzdem erscheint eine Anwendung der Lehre von diesen Grundrechtsschranken auf den positiven Bereich des Art. 103 I GG nicht ausgeschlossen. Das ergibt sich aus folgendem: Wesentlich wird hier die Gleichstellung von Rechtsverletzung und "Rechtsgefährdung mit hochgradiger Schadenswahrscheinlichkeit", wie sie zunächst für die Schranke der Rechte anderer gilt[415]. Dieselbe Gleichstellung ist bei der dritten durch die polizeiliche Generalermächtigung bestimmten Schranke gerechtfertigt; denn ebenso, wie die Polizei schon eingreift, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung erst gefährdet und noch nicht verletzt ist, so darf auch die Grundrechtsausübung nicht zur Gefährdung dieser Rechtsgüter führen. Schließlich ist kein Grund ersichtlich, der zu einer abweichenden Beurteilung für die Schranke des Sittengesetzes zwänge. Stets macht also schon eine wirklich drohende Gefahr für die drei elementaren Rechtsgüter die Grundrechtsausübung rechtswidrig.

Eine solche Gefahr kann, im Gegensatz zu einer Verletzung, auch schon trotz rein passiven Verhaltens des einzelnen bei der Entgegennahme der staatlichen Leistung entstehen. Dies gilt auch für das Grundrecht des rechtlichen Gehörs. Die hier in Betracht kommenden Möglichkeiten sind später noch aufzuführen. An dieser Stelle sollen nur zwei in der Rechtsprechung entschiedene Fälle bei-

---

413 Vgl BGHSt 9, 77.

414 S. unten § 10 III.

415 MD Art. 2 I Rn 13 aE; s. oben Anm 402.

spielhaft erwähnt werden[416]. So lag dem OLG Köln[417] ein Fall vor, in dem die Vorinstanz der einen Partei keine Gelegenheit gegeben hatte, zu der dann maßgeblich verwerteten Auskunft eines Dritten Stellung zu nehmen. Das OLG Köln bejahte zunächst die Geltung des Art. 103 I GG auch im Wiedergutmachungsverfahren, bestätigte dann aber die angefochtene Entscheidung und führte aus, "es hieße auch die beschleunigte Erledigung und den Erfolg der Entscheidung über Sicherungsmaßnahmen beeinträchtigen, wollte man verlangen, daß beide Parteien vorher zum Ergebnis etwaiger Ermittlungen gehört werden müßten". Weiter stellte des OLG darauf ab, daß der Pflichtige nicht anders als der Berechtigte zu behandeln sei. Hier wurde also mit Rücksicht auf die Schranke der gleichwertigen Rechte anderer[418] zulässigerweise kein rechtliches Gehör (im Sinne eines positiven Statusrechts) gewährt, da die Verwirklichung dieser Rechte ohne die beschleunigt getroffene Entscheidung gefährdet gewesen wäre. Auch für das Freiheitsentziehungsverfahren[419] anerkannte das LG Braunschweig[420] einmal das Erfordernis rechtlichen Gehörs, ließ jedoch dann eine Entscheidung zur vorläufigen zwangsweisen Unterbringung eines Kranken ohne Anhörung zu, wenn "unverzügliches Eingreifen geboten" sei "und die Durchführung der Anhörung eine nicht zu verantwortende Verzögerung der Entscheidung zur Folge haben würde" oder wenn dringender Fluchtverdacht bestünde. Hier müßten die Interessen der Allgemeinheit an einer sofortigen Regelung den Vorzug haben. Auch hier wurde also dem Sinn nach auf die Gefährdung der elementaren Rechtsgüter abgestellt, diesmal allerdings auf die öffentliche Ordnung, die durch völlige Freiheit von Trägern schwerer ansteckender Krankheiten gefährdet werden kann; in zweiter Linie daneben auch auf die Rechte der einzelnen Mitmenschen, die in ihrer Gesundheit gefährdet werden können.

Die Beispiele zeigen, daß auch im positiven Bereich des Art. 103 I GG die Nichtstörungsschranken dann erheblich werden, wenn sich aus der positiven Gewährung des rechtlichen Gehörs bereits eine Gefahr für die vom Grundrechtsträger zu achtenden Rechtsgüter ergibt. Unter Umständen kann sogar durch die positive Gewährung schon eine Verletzung dieser Rechtsgüter eintreten. Dies ist zB möglich bei der Mitteilung des Prozeßstoffes, etwa einer Stellungnahme des Gegners. Es macht keinen Unterschied, ob eine Partei unter Berufung auf die durch Art. 103 I GG geschützte Freiheit der Stellungnahme mündlich Ausführungen macht, die geeignet sind, die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder das

---

416 Der wichtigste Anwendungsfall ist wohl der in BVerfGE 9, 89 ff behandelte; dazu s. unten § 10 II.

417 RzW 51, 301 f.

418 Die Rechte anderer werden in der Regel absolute Rechte sein müssen. Relative Rechte, zB Forderungsrechte, genügen, wenn gerade der sein Grundrecht Ausübende der Verpflichtete ist.

419 Vgl auch MD Art. 103 Rn 85.

420 NsRpfl 52, 139 f.

Sittengesetz zu verletzen oder ob umgekehrt die andere Partei unter Berufung auf Art. 103 I GG vom Gericht die Mitteilung schriftlicher Ausführungen des Gegners verlangt, die in der angedeuteten Art gegen eine der Schranken verstoßen. Hier darf das Gericht, um nicht diese Schranken zu verletzen, die Stellungnahme nicht mitteilen.

4. Zusätzliche Schranken des Art. 103 I GG?

Während im negativen Bereich des Art. 103 I GG keine weiteren Schranken vorstellbar sind, da die dort garantierte Freiheit nur den Bindungen unterworfen ist, ohne die es keine Freiheit gibt, wäre es denkbar, daß das Grundrecht dem gewährenden Staat gegenüber schwächer ist. Denn es gibt keinen grundsätzlich unbegrenzten Anspruch auf staatliche Hilfe. Bei Leistungsansprüchen materieller Art liegt es nahe, eine nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Schranke dort zu ziehen, wo die Mittel und Kräfte des Staates nicht mehr ausreichen. Aber das braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden; denn Ansprüche wie der auf rechtliches Gehör können am Unvermögen des Staates nicht scheitern, weil die Beachtung dieses Rechtes keine besonderen Aufwendungen erfordert[421]. Ebenso ist staatliches Handeln zwecks Verwirklichung des rechtlichen Gehörs auch nicht von Verfassungs wegen davon abhängig, ob das Grundrecht wegen einer Bagatellsache oder in einem bedeutenden Gerichtsverfahren beansprucht wird. Das verdeutlichen auch die §§ 510 c, 579 III 1 ZPO[422]. Andere durch das GG geforderte Schranken des rechtlichen Gehörs im positiven Bereich sind nicht festzustellen.

5. Nachträgliches Gehör infolge der Grundrechtsschranken

In allen Fällen, in denen die soeben behandelten Grundrechtsschranken der Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlaß der Entscheidung entgegenstanden, ist aber zu fragen, ob dann wenigstens ersatzweise eine Nachholung der Anhö-

---

421 Im Verhältnis zu der sonst zu erwartenden Beeinträchtigung hohe Kosten und Verzögerungen des Verfahrens, die mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Umständen verbunden sein können, dürfen dieses nicht ausschließen; vgl Hamann AnwBl 58, 143. Auch muß eine auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhende Entscheidung aufgehoben werden, obwohl dadurch neue Kosten entstehen.

422 Eine andere Frage ist allerdings (wegen § 91 a BVerfGG), ob hier die Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Vgl BVerfGE 7, 241 f; weiter BVerfGE 9, 120; hierzu Kniestedt NJW 59, 2052 (mit Entgegnung von Röhl ebenda) und NJW 60, 853; weiter Faller, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf Grund des § 91 a BVerfGG, JZ 59, 663 ff; schließlich BVerfGE 9, 261.

rung von Art. 103 I GG gefordert wird. Hier sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Bei dauerndem Eingreifen der Schranken

Einmal gibt es Fälle, in denen Art. 103 I GG dauernd nur ein eingeengtes Gehör oder überhaupt keines gebietet. So lassen sich beleidigende Äußerungen zu keiner Zeit, weder vor noch nach Erlaß der Entscheidung, unter Berufung auf Art. 103 I GG rechtfertigen. ZB sind Ordnungsstrafbeschlüsse denkbar, die deshalb ohne rechtliches Gehör des ungebührlich auftretenden Beteiligten ergehen und auch keine Anhörung zur Folge haben, weil mit der Ausübung des Rechts auch später noch in Wahrheit dessen Schranken überschritten würden. Auch Dürig[423] nimmt das an; seine Begründung, die Gelegenheit sei hier verscherzt, überzeugt jedoch nicht, da sie nicht aus einer allgemeinen Schrankenlehre entnommen wird, nicht einmal aus der speziell bei Art. 103 I GG von Dürig angewendeten, auf die sogleich einzugehen ist[424] [425]. Die Schranken werden ebenso für dauernd eingreifen, wenn der Name einer Auskunftsperson einem Beteiligten nicht mitgeteilt worden war; denn die Gefahr, der dadurch begegnet werden sollte, wird in der Regel auch weiterhin bestehen.

b) Bei vorübergehendem Eingreifen der Schranken

Dem steht die zweite Fallgruppe gegenüber, die dadurch gekennzeichnet ist, daß nur gerade die getroffene Entscheidung ohne Gehör ergehen mußte und durfte, weil zum Zeitpunkt ihres Zustandekommens eine der drei Schranken wirksam war, danach aber weggefallen ist, also einer späteren Anhörung nicht mehr im Wege steht. Beispiele bilden vor allem die wegen Eilbedürftigkeit oder mit Überraschungszweck ergehenden vorläufigen Entscheidungen. Wenn sie erst einmal einen gesicherten Zustand hergestellt haben, vertragen sie hinterher ohne weiteres rechtliches Gehör. Nachträgliche Anhörung im eigentlichen Sinn ist dann zwar wertlos; denn die einmal getroffene Entscheidung ist nicht mehr zu beeinflussen; sie stellt einen abgeschlossenen Akt dar[426]. Denkbar ist jedoch, daß dem Betroffenen die Gelegenheit gegeben wird, die Änderung oder Beseiti-

---

423 MD Art. 103 Rn 86.

424 Die Begründung kann auch nicht so verstanden werden, daß zwar rechtliches Gehör gewährt, dieses (nämlich die Gelegenheit zur sachlichen Äußerung) aber verscherzt (nämlich vor lauter ungebührlichem Verhalten nicht ausgeübt) werde. Ein solches Verständnis ist durch die klare Ausdrucksweise ausgeschlossen; schon die Entscheidung über die Gewährung der Äußerungsgelegenheit wird nämlich zu Recht davon abhängig gemacht, ob anzunehmen ist, daß der Betroffene sein ungebührliches Verhalten fortsetzen werde.

425 Zu dieser speziellen Lehre s. unten 6b.

426 Vgl Löwe 221.

gung der Entscheidung zu betreiben, indem ihm ein Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt wird. Dies fordert Art. 103 I GG in der Tat[427]. Weil er der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip dient, ist es nicht angängig, daß der Betroffene auch dann keine Möglichkeit zur Stellungnahme haben sollte, wenn die Grundrechtsschranken nicht mehr im Wege stehen. Dann muß seine Subjektstellung so gut wie möglich gewahrt werden.

Allerdings ist zu bedenken, daß die nachträgliche Anhörung nie so restlos gleichwertig und befriedigend ist, wie eine gewichtige Lehre annimmt[428]. Erfahrungsgemäß ist es bedeutend schwieriger, ein Gericht, das sich durch Verkündung einer Entscheidung bereits festgelegt hat, nachträglich umzustimmen, als es vorher zu überzeugen. Vor allem aber kann die Entscheidung sich zu der Zeit, da der Betroffene gehört werden könnte, bereits ausgewirkt haben, etwa vollzogen sein. Das wird sogar in aller Regel zutreffen; denn bliebe eine Entscheidung wirkungslos, so könnte man ganz auf sie verzichten und brauchte nicht ihretwegen die Anhörung unterlassen. Das rechtliche Gehör wird meist deshalb nicht gewährt, damit die Entscheidung schneller oder überraschender ergehen kann. Im ersten Fall wird die eilbedürftige Entscheidung also sofort vollzogen werden; im zweiten Fall wird sie so ausgestaltet sein, daß auch das nachträgliche Gehör die Überraschungswirkung und ihre Folgen nicht ungeschehen machen kann, da diese gerade der Zweck der Überraschungsentscheidung waren. Aus alledem zeigt sich deutlich, wie zweifelhaft der Nutzen und Wert einer nachträglichen Anhörung ist. Aber um so mehr ist darauf zu sehen, daß sie möglichst gut ihre Funktion als Ersatz erfüllt.

Deshalb ist jeder Rechtsbehelf mit Devolutiveffekt für diese Aufgabe ungeeignet. Denn dabei geht eine Instanz verloren, in der auch Anspruch auf rechtliches Gehör bestand[429]. Der Sinn des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist nicht der,

---

427 So auch BVerfGE 9, 89(98, 106f); MD Art. 103 Rn 46; vgl auch die in Anm 428 Genannten. Das Bundesverfassungsgericht und Dürig lassen jedoch nicht erkennen, daß dies nachträgliche Gehör auf die zweite Fallgruppe beschränkt ist. Vielmehr fordern sie ganz allgemein stets die Nachholung, wenn Art. 103 I GG zunächst nicht zur Anhörung geführt hatte. Damit gehen sie über das erforderliche Maß hinaus.

428 Röhl NJW 53, 1533; NJW 58, 1271; Bettermann GR III 2, 885; Baur JZ 59, 60 (für Beschlüsse); Heiss NJW 61, 1095 Anm 9.

429 BVerfGE 9, 89(107) will dagegen auch die Nachprüfung vor einem höheren Gericht genügen lassen. Dürig, MD Art. 103 Rn 83, meint, Bedenken gegen den Instanzverlust ergäben sich jedenfalls aus Art. 103 I GG nicht, da er nur verlange, daß überhaupt Gehör gewährt werde, aber nicht regle, wie oft dies der Fall sein müsse. Richtig ist, daß tatsächlich in höherer Instanz Tei

sich überhaupt äußern zu können; die Äußerungsmöglichkeit besteht vielmehr um eines Zieles willen, nämlich damit der Betroffene die bevorstehende Entscheidung beeinflussen, mindestens aber die soeben ergangene Entscheidung noch in derselben Instanz bekämpfen können soll. Sonst würde er trotz allem für eine Instanz zum Objekt gemacht. Auch könnte es bei Rechtsbehelfen mit Devolutiveffekt vorkommen, daß das höhere Gericht gar nicht mehr zur vollen Sachprüfung, sondern nur noch zur Nachprüfung von Rechtsverletzungen befugt ist. Dann bildet der Rechtsbehelf schon gar keinen genügenden Ersatz mehr.

Als Ersatz geeignet sind dagegen verfahrensrechtlich geregelte Rechtsbehelfe ohne Devolutiveffekt oder solche, die den iudex a quo vor der Abwälzung zunächst zur selbständigen Überprüfung verpflichten. Von den oben geschilderten Unzulänglichkeiten abgesehen kann hier die möglicherweise zur Abhilfe führende Anhörung dem Gebot des Art. 103 I GG ausreichend entsprechen. Wo kein förmlicher Rechtsbehelf gegeben ist, kann die formlose Gegenvorstellung dieselben Dienste leisten. Allerdings steht ihrer Berücksichtigung möglicherweise die Selbstbindung des Gerichts entgegen. Dieser Fall dürfte jedoch praktisch kaum vorkommen; denn Entscheidungen, die überhaupt nachträgliches Gehör zulassen, pflegen, soweit ersichtlich, stets abänderbar zu sein; meist haben sie von vornherein vorläufigen Charakter. Sollte dennoch einmal ein derartiger Fall eintreten, so wäre hier das betreffende einfache Gesetz als durch Art. 103 I GG abgeändert anzusehen und die Gegenvorstellung trotzdem zulässig[430 431 432].

---

le des Prozeßstoffes nicht mehr erörtert werden müssen, wenn dies schon in der Vorinstanz geschehen und aktenkundig gemacht ist. Das ändert jedoch nichts daran, daß in beiden Instanzen Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, auch in der unteren.

430 So auch BVerfGE 9, 89 (107).

431 Deshalb kann Dürig, MD Art. 103 Rn 46 Anm 2, nicht zugestimmt werden, wenn er meint, die nachträgliche Anhörung sei durch das Prozeßrecht ausreichend geregelt. Er denkt dabei wohl auch an die Rechtsbehelfe mit Devolutiveffekt, die hier nicht mitgezählt werden dürfen.

432 Hiervon ist die in Verbindung mit § 310 II StPO oft erörterte (s. oben Anm 50) Frage zu unterscheiden, ob Art. 103 I GG eine neue Instanz eröffnet, wenn er in einem letztinstanzlichen Verfahren verletzt worden ist. Der Unterschied liegt vor allem darin, daß dann wegen der tatsächlichen Verletzung des rechtlichen Gehörs die Verfassungsbeschwerde zum Erfolg führt, während diese nicht helfen kann, wenn Art. 103 I GG nur wegen seiner Schranken vorläufig nicht eingreift, später aber voll zum Zuge kommt.

6. Stellungnahme zu speziell für Art. 103 I GG entwickelten Schrankenlehren

a) Die Ansicht Hamann's

Speziell für Art. 103 I GG untersucht Hamann[433], ob Schranken trotz Fehlens besonderer Vorbehalte bestehen. Er meint, die Gedankengänge des Apotheken-Urteils des Bundesverfassungsgerichts[434] könnten hier fruchtbar gemacht werden. Danach wäre Art. 103 I GG durch überragende Gemeinschaftsgüter begrenzt. Da diese "speziell mit der rechtsprechenden Gewalt in engstem und notwendigem Zusammenhange stehen" müßten - dies wäre wohl zu eng -, erscheine es fraglich, ob sie überhaupt denkbar seien. Mindestens praktisch unterliege daher Art. 103 I GG keinen anderen Schranken als denjenigen, die sich aus seinem Inhalt ergeben. Diese Auffassung geht nicht von der Verfassung aus. Sie überträgt zudem eine auf Art. 12 GG zugeschnittene Rechtsprechung auf den ganz andersartigen Art. 103 I GG. Dies erscheint nicht zulässig[435]; denn Art. 12 GG enthält einen (wenn auch zunächst nicht auf den gesamten Artikel bezüglichen) besonderen Vorbehalt.

b) Die Ansicht Dürig's im Anschluß an das Bundesverfassungsgericht

Bedauerlich ist, daß Dürig[436] selbst seine eigene Lehre von den Nichtstörungsschranken nicht auf Art. 103 I GG anwendet. Der Grund dafür ist nicht ersichtlich. Dürig's grundsätzliche Anerkennung des Art. 103 I GG als Grundrecht verliert dadurch bedeutend an Wert. Denn auch Dürig kommt natürlich nicht ohne gewisse Schranken des rechtlichen Gehörs aus. Aber die hierfür im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[437] gegebene Begründung übernimmt auch deren Mängel und fällt zudem aus Dürig's System heraus. Nach dieser Rechtsprechung muß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs "mit anderen, aus der inneren Sachgerechtigkeit der einzelnen Verfahrensart sich ergebenden Grundsätzen abgestimmt werden". Daran habe die Erhebung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs zum Grundrecht nichts geändert. Deshalb sei bei der Auslegung des Art. 103 I GG von dem vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild des Prozeßrechts auszugehen. Art. 103 I GG wirke also nur "unter Wahrung des Systems

---

433 AnwBl 58, 142 f.

434 BVerfGE 7, 377 ff.

435 Vgl die Kritik bei MD Art. 103 Rn 44 Anm 1.

436 MD Art. 103 Rn 44 ff.

437 BVerfGE 9, 89 ff. Hierzu Parsch, Anmerkung zu BVerfGE 9, 89, MDR 59, 365, der in dem Widerstreit zwischen der prozessualen Grundrechtsposition und dem unabweisbaren Bedürfnis nach wirkungsvoller Rechtspflege die Lösung des Bundesverfassungsgerichts für "verfassungsehrlicher" gegenüber der "verfassungsfreundlicheren" von Wersdörfer, Anwendung des § 308 I StPO im Haftbefehlsverfahren? NJW 54, 377, hält.

des Prozeßrechts und der Struktur der einzelnen Verfahrensarten"; deshalb müsse "Art. 103 I (ausnahmsweise und vorübergehend) zurücktreten, wenn sich aus dem Zweck und aus der Besonderheit einzelner Verfahren system- und sachgerecht zwingend Beschränkungen des rechtlichen Gehörs ergeben" (Dürig)[438]. Die Schwierigkeit läge aber schon darin, hier eine Abgrenzung zu finden, wann einzelne Verfahren zwingend solche Beschränkungen des rechtlichen Gehörs erforderten. Es ist auch nicht klar, ob hierzu nur das schon vor Inkrafttreten des GG bestehende Prozeßrecht geeignet sein sollte oder ob damit dem Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben wäre, die Grenzen des Grundrechts zu verschieben. In Wahrheit rückt diese Lehre bedenklich in die Nähe der Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes[439] [440], der das rechtliche Gehör nur in dem Umfang gewährleistet sieht, in dem es in den Prozeßordnungen enthalten ist. Daran ist richtig, daß das rechtliche Gehör im Prozeßrecht neben den andern Prozeßgrundsätzen seinen gleichberechtigten Platz hatte. Die Aufnahme in das GG hat jedoch die Wirkung, daß jedenfalls Normen und Grundsätze des Prozeßrechts wegen ihres geringeren Wertes nicht mehr herangezogen werden können, um das rechtliche Gehör zu begrenzen. Sie können keine immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken (im Sinne Klein's) mehr sein, da sie nicht im Begriff des rechtlichen Gehörs selbst enthalten sind, sondern von aussen, aus einer Ebene unterhalb der Verfassung, in diesen Begriff hereingeholt werden müßten. Damit verlöre die Begrenzung des Art. 103 I GG durch das Prozeßrecht aber den (erforderlichen) in der Verfassung selbst liegenden Grund; die Lehre setzt sich also dem auch von Dürig gegen die Schrankenformel des Bundesverwaltungsgerichts erhobenen Vorwurf aus, sie lasse sich aus der Verfassung selbst oder aus der Verfassung vorausliegenden Normen[441] nicht begründen[442].

Auch Art. 104 GG kann nicht dazu dienen, diese Lehre aus der Verfassung zu begründen oder wenigstens zu bestätigen. Von den in diesem Zusammenhang vom Bundesverfassungsgericht[443] beigebrachten Argumenten berührt das unter a) überhaupt nicht das rechtliche Gehör; das unter b) bezieht sich auf eine Freiheitsentziehung gerade nicht durch den Richter, es ist also für Art. 103 I GG bedeutungslos; das unter c) trifft zwar einen einschlägigen Fall, die angezogene

---

438 Ähnlich auch Jagusch NJW 59, 265 f, der meint, diese Abstimmung mit anderen Grundsätzen ginge ohne Substanzverlust ab.

439 S. oben § 4 II 3 c aa.

440 Sowohl das Bundesverfassungsgericht (aaO 96) als auch Dürig (aaO Rn 23 Anm 8) sind sich dessen bewußt, glauben aber, die Grenze deutlich gezogen zu haben.

441 Es dürfte im Sinne Dürig's sein, hierunter nur das überpositive Recht zu verstehen, nicht alles vorkonstitutionelle Recht, zB das Prozeßrecht.

442 Vgl MD Art. 2 I Rn 70.

443 BVerfGE 9, 89 (100).

Norm (Art. 104 II 1 und 4 GG) schweigt aber bezüglich der Frage des rechtlichen Gehörs. Daraus zieht das Bundesverfassungsgericht zu Unrecht den Schluß, eine vorgängige Anhörung werde nicht gefordert. Da aber Art. 104 II GG gerade schweigt, gilt Art. 103 I GG; ob er in diesem Fall das rechtliche Gehör nicht fordert, ergibt sich nur aus seinen (nicht aus Art. 104 GG erkennbaren) Schranken. Art. 104 II GG enthält eben entgegen dem Bundesverfassungsgericht keine "Modifikation des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs". Vielmehr enthält die einzige sich mit dem rechtlichen Gehör vor Gericht befassende Bestimmung in Art. 104 GG, nämlich Abs. III, umgekehrt die Bestätigung, daß in dem dort geregelten Fall rechtliches Gehör zu gewähren ist (Mitteilungs- und Vernehmungspflicht des Richters, Gelegenheit zu Einwendungen für den Betroffenen).

Auch Dürig zieht Art. 104 GG zur Unterstützung heran. Die erste Bestätigung[444] hieraus sieht er darin, daß Art. 104 GG Freiheitsentziehungen ohne vorherige richterliche Anordnung stillschweigend voraussetze und das einfache Prozeßrecht damit anerkenne. Ebenso setze Art. 103 I GG das Prozeßrecht voraus und anerkenne dessen Struktur. Der Vergleich trifft nicht zu. Art. 104 GG nimmt in den Abs. II und III ausdrücklich und ausführlich Stellung zu Freiheitsentziehungen ohne richterliche Anordnung auf Grund des Verfahrensrechts, während Art. 103 I GG wirklich schweigt. Als zweite Bestätigung[445] dient Dürig ein doppelter Erst-recht-Schluß aus Art. 104 GG: Freiheitsentziehungen ohne vorgängiges Gehör, nämlich ohne richterliche Anordnung, seien zulässig; dann müßten erst recht richterliche Freiheitsentziehungen ohne vorgängiges Gehör ausnahmsweise zulässig sein. Dem kann nicht zugestimmt werden; Art. 103 I GG fordert gerade bei richterlichen Maßnahmen rechtliches Gehör; man könnte überspitzt sagen, Art. 103 I GG sei eine Ausnahmevorschrift vom Grundsatz, nach dem kein rechtliches Gehör erforderlich sei (wenn man einmal vom überpositiven Recht absieht). Gerade wenn es zu einer richterlichen Entscheidung kommt, soll nach Art. 103 I GG der Anspruch auf rechtliches Gehör bestehen. Es ist nicht so, wie man aus dem Erst-recht-Schluß entnehmen muß, daß das rechtliche Gehör bei richterlichen Entscheidungen entbehrlicher wäre als in der Verwaltung. Stimmt aber der Schluß an sich schon nicht, dann hat auch seine Verstärkung, der Schluß von den Freiheitsbeschränkungen auf die weniger einschneidenden Vermögenszugriffe, die Grundlage verloren.

Demnach ist daran festzuhalten, daß für Art. 103 I GG die für alle Grundrechte geltenden Schranken nicht durch speziell bestimmbare, andersartige Schranken ersetzt werden.

---

444 MD Art. 103 Rn 45.
445 AaO Rn 46.

IV Die Auswirkungen auf die Landesverfassungen

1. Die Bedeutung der En-bloc-Übernahme der Grundrechte

In Art. 2 I der baden-württembergischen und Art. 4 der nordrhein-westfälischen Landesverfassung sind die Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte des GG zum Bestandteil dieser Verfassungen erklärt worden. Zwar ist die Auslegung des Begriffs "Grundrechte" im Rahmen der Landesverfassungen nicht denknotwendig an die für das GG selber geltende Auslegung gebunden. In den eben erwähnten Vorschriften wurde aber gerade eine Gesamtregelung des GG übernommen; die Rechte, die das GG als Grundrechte ausgestaltet hat, sollten übernommen werden. Diesem Ziel entspricht es, wenn über den Kreis dieser Rechte das GG entscheidet[446]. Daraus folgt, daß eine Erweiterung des Grundrechtsbestandes durch Grundgesetzänderung auch für diese Landesverfassungen gelten würde. Zweifelhaft kann höchstens sein, ob die Abschwächung oder die Streichung eines Grundrechtes im GG (ohne positiv abweichende Regelung) dieses Recht als Landesgrundrecht beeinflussen könnte. Das ist wohl zu verneinen[447]. Der Wille des Landesverfassungsgebers konnte - abgesehen von der Unterstellung dieser Rechte unter den Schutz durch ein Landesverfassungsgericht - nur dahin gehen, den rechtlichen Gehalt der Grundrechte auch für den Fall der Aufhebung des GG für das Landesgebiet zu gewährleisten[448]. Entsprechendes hat für die Aufhebung eines einzelnen Artikels zu gelten. Art. 142 GG steht dem nicht entgegen[449]; er will nur Zweifel ausschalten, die sich möglicherweise aus Art. 31 GG ergeben könnten[450]. Wird jedoch die entsprechende Grundrechtsvorschrift des GG aufgehoben, so kann Art. 31 GG und damit Art. 142 GG keine Bedeutung mehr für Landesgrundrechte haben. Trotzdem bleiben die Übernahmebestimmungen unklar. Für die baden-württembergische Verfassung ist zunächst festzustellen, daß sie trotz der En-bloc-Übernahme noch einzelne Vorschriften enthält, die Artikel des GG übernehmen (vgl Art. 5 LV und Art. 140 GG) oder ihnen mehr oder weniger entsprechen (vgl Art. 67 I LV und Art. 19 IV 1 GG, Art. 18 LV und Art. 7 GG).

---

446 Dabei darf aus dem Wortlaut "Grundgesetz ... (für NRW noch zusätzlich: "in der Fassung") ... vom 23. Mai 1949" nicht gefolgert werden, daß ausschließlich der beim Inkrafttreten des GG vorhandene Bestand übernommen worden wäre. Gemeint ist das GG in seiner jeweiligen Gestalt. Das Datum diente nur zur genaueren Bezeichnung des Gesetzes überhaupt. Die Worte "in der Fassung" sollten anzeigen, daß es nur auf den Inhalt des GG ankam, nicht auf dessen Gültigkeit und Beständigkeit; vgl Geller-Kleinrahm, Art. 4 Anm 2 c.

447 Ebenso Göbel, Erl zu Art. 2 I; aM Kratzer, Laforet-Festschrift 107 ff.

448 Geller-Kleinrahm, Art. 4 Anm 2 c.

449 MK 772.

450 Vgl MD Art. 31 Rn 14 Anm 5.

2. Die Übernahme des Art. 103 I GG

Unklar ist die Rechtslage besonders auch bezüglich Art. 103 I GG. Da er ein Grundrecht gewährt, müßte auch er also von den beiden erwähnten Verfassungen mit der Folge seiner verstärkten Beständigkeit in diesen Ländern übernommen worden sein[451]. Zu bedenken ist jedoch, daß nach Art. 72 I, 74 Nr 1 GG die Länder kein Gesetzgebungsrecht für das gerichtliche Verfahren haben, soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat. Der Satz vom rechtlichen Gehör ist nun zwar Verfassungsrechtssatz, zugleich aber eine grundlegende Norm für das gerichtliche Verfahren. Deshalb sind Spreng-Birn-Feuchte[452] der Ansicht, daß Art. 103 I GG nicht mehr ins Landesrecht übernommen werden konnte. Nach Klein[453] wird jedoch "von der Zuständigkeitsordnung gemäß Art. 70 ff und anderen grundgesetzlichen Einzelbestimmungen über 'einfache' Gesetze des Bundes... nur das 'einfache' Landesrecht, nicht aber das Landesverfassungsrecht betroffen". Diese Ansicht ist freilich nicht näher begründet. Sie dürfte wegen der Art der in der Zuständigkeitsordnung genannten Materien im wesentlichen zutreffen, da deren große Mehrheit durch einfaches Gesetz geregelt zu werden pflegt; für ihre ausnahmslose Gültigkeit bietet das GG jedoch keine Stütze. Dementsprechend wird unter Gesetzgebung im Sinne der Art. 70 ff GG von der herrschenden Lehre neben der einfachen auch die Verfassungsgesetzgebung verstanden[454]. Gerade bei Art. 103 I GG zeigt sich, daß auch in Verfassungen Normen auftauchen können, die einem der im Zuständigkeitskatalog der Art. 73 ff GG genannten Gebiete angehören.

Bevor man aber aus diesem Grunde der Ansicht von Spreng-Birn-Feuchte zustimmt, sollte man beachten, daß die bayerische Verfassung in Art. 91 I sogar eine ausdrückliche, wörtlich mit Art. 103 I GG übereinstimmende Norm über das rechtliche Gehör enthält, deren Gültigkeit auch seit Inkrafttreten des GG noch nicht angezweifelt, die vielmehr vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof[455] wiederholt angewandt worden ist. Man wird daher dem Problem am ehesten gerecht werden, wenn man Art. 142 GG zu seiner Lösung heranzieht. Dabei sind zwei Wege denkbar. Entweder man mißt Art. 142 GG nur deklaratorischen Charakter bei; Voraussetzung dafür ist die sehr umstrittene Lehre, daß nach Art. 31 GG nur dem Bundesrecht entgegenstehendes Landesrecht gebrochen wird, während übereinstimmende Vorschriften nebeneinander bestehen kön-

---

451 So Dürig, Gesetze des Landes Baden-Württemberg, Anm zu Art. 2 I LV; Göbel, Erl zu Art. 2 I; vgl auch Spreng-Birn-Feuchte, Art. 2 Anm 3 a, 3 i und 4.

452 Art. 2 Anm 4.

453 MK 766.

454 MD Art. 70 Rn 4 mwN.

455 ZB BayVerfGHE 1, 34; 1, 38; 4, 21; 5, 30; 6, 136; 9, 123; 10, 1; 11, 90; 11, 190.

nen[456]. Dann besteht auch Raum für dem Art. 103 I GG entsprechende Vorschrif-
ten in den Landesverfassungen. Oder - dieser Weg verdient den Vorzug - man
läßt die eben erwähnte Streitfrage auf sich beruhen, legt aber den Art. 142 (schein-
bar) ausdehnend aus, indem man Art. 103 I GG den dort genannten Grundrechten
gleichstellt. Da jetzt offen bleiben soll, ob Art. 142 GG nur deklaratorisch oder
als konstitutive Ausnahmebestimmung wirkt[457], also auch mit der letzten Mög-
lichkeit gerechnet werden muß, mag es gewagt aussehen, über den Wortlaut hin-
auszugehen. In Wirklichkeit ist jedoch diese Auslegung durch das Gesetz ge-
deckt[458]. In Art. 142 GG ist auch Art. 1 GG genannt. Da er selbst kein subjekti-
ves Grundrecht gewährt, bekommt seine Erwähnung hier erst dann ihren rechten
Sinn, wenn man zu seiner Ausfüllung diejenigen Grundrechte außerhalb des Kata-
logs mitliest, die Menschenrechtsgehalt haben. Sie sind von Art. 142 GG mitum-
faßt, bleiben also auch als mit dem GG übereinstimmende Landesgrundrechte
gültig; dies auch, wenn die entsprechenden Landesverfassungen erst nach dem GG
in Kraft getreten sind[459]. Hierzu gehört auch Art. 103 I GG, da er seinen Grund
in der Menschenwürde hat. Diese Auslegung des Art. 142 GG hat auch ihren tie-
feren Grund: Würde Art. 103 I GG als Bundesgrundrecht aufgehoben, so bliebe
trotzdem sein Menschenrechtsgehalt unantastbar. Alles positive Recht, das dies
verdeutlicht, hat dadurch eine Aufgabe zu erfüllen und somit Existenzberechti-
gung; so auch die Landesgrundrechte mit Menschenrechtsgehalt.

---

456 So in Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte (JöR 1, 298 ff, 910 ff) MD Art.31 Rn 14; aM MK 771 f; beide mit ausführlichen Nachweisen.

457 Vgl insbesondere Kratzer, Laforet-Festschrift 107 ff.

458 Bedenken in dieser Hinsicht hat Kratzer aaO 109; nach BayVerfGHE 11, 90 (93) stellt Art. 103 I GG eine Ergänzung zu Art. 2 GG dar und nimmt am Grundrechtscharakter dieses Artikels teil; damit bleibt Art. 91 I BV gemäß Art. 142 GG gültig.

459 Daß die Worte "bleiben ... in Kraft" in Art. 142 GG dem nicht entgegenstehen, ist unbestritten; vgl Kratzer 113.

§ 7

Anhang: Weitere verfassungsrechtliche Fragen aus Art. 103 I GG

I Weitere Bedeutung der Grundrechtsbestimmung des Art. 103 I GG

Es kann nun weiter untersucht werden, ob die Grundrechtsbestimmung des Art. 103 I GG nicht nur ein subjektives öffentliches Recht, sondern darüber hinaus auch eine Auslegungsregel, eine Einrichtungsgarantie oder (und) vielleicht sogar eine Grundsatznorm enthält[460]. Allerdings muß man sich darüber klar sein, daß eine solche Untersuchung für Art. 103 I GG nur untergeordnete praktische Bedeutung hat. Das wird sich sogleich zeigen.

1. Art. 103 I GG als Auslegungsregel

Alle Verfassungsrechtssätze enthalten kraft ihrer Höherwertigkeit gegenüber einfachen Gesetzen dann auch eine Auslegungsregel, wenn sie überhaupt für ein Rechtsgebiet inhaltlich von Bedeutung sein können[461]. Dies folgt schon aus dem Grundsatz, daß einfache Gesetze verfassungskonform auszulegen sind[462]. Daher enthält auch Art. 103 I GG eine Auslegungsregel für das Prozeßrecht[463]. Dieser rechtliche Gehalt ist aber nur wichtig, sofern das durch Art. 103 I GG gewährte Grundrecht nicht ebenso weit in die Einzelheiten hineinreicht wie die auslegungsbedürftige Prozeßrechtsnorm, also nur für deren Randinhalte. Denn das Grundrecht würde bezüglich des auch in ihm jedenfalls vorhandenen zentralen Inhalts der gehörregelnden einfachgesetzlichen Norm dieselbe korrigierende Funktion bei der Auslegung erfüllen wie die Grundrechtsbestimmung als Auslegungsregel. Diese kann aber - kurz gesagt - auch dann das einfache Gesetz beeinflussen, wenn das subjektive Grundrecht dazu nicht geeignet ist, weil es den betreffenden Randbereich nicht erfaßt.

2. Art. 103 I GG als Einrichtungsgarantie?

Ob Art. 103 I GG eine Einrichtungsgarantie[464] enthält, ist nicht von Bedeu-

---

460 Im Sinne von MK 79 ff, besonders 83, 88 f; vgl auch Bachof GR III 1, 163 ff; MD Art. 1 Rn 97-99.

461 MK 89 mwN.

462 Vgl hierzu MK 11 f mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

463 So auch MD Art. 103 Rn 25; Hamann, Kommentar 419; Arndt NJW 59, 1298.

464 Der Ausdruck ist nicht entscheidend. Wie hier MK 83; MD Art. 1 Rn 97. Carl Schmitt, Verfassungslehre 171 und HDStR II, 596, sprach von Instituts-

tung. Wenn diese Garantien einen wesensmäßigen Bezug zu einem Grundrecht haben, besteht ihr Zweck darin, vor Eingriffen durch den Gesetzgeber zu schützen[465]. Da Art. 103 I GG mangels Vorbehalts überhaupt keine Eingriffe des Gesetzgebers zuläßt, ist die Gefahr einer Aushöhlung des Grundrechts durch ihn nicht gegeben. Mindestens für Art. 103 I GG zutreffend weist Dürig[466] außerdem darauf hin, daß heute die Art. 79 III und 19 II GG die Grundrechte gleich wirksam schützen, sodaß man der Lehre von den Einrichtungsgarantien gar nicht mehr bedarf[467].

Sie wurde hier nur erwähnt, weil von Arndt versucht worden ist, in Art. 103 I GG eine institutionelle Garantie der unabhängigen Rechtsanwaltschaft und der freien Wahl des Rechtsanwalts hineinzuinterpretieren[468]. Dem kann nicht beigetreten werden. Aus der Entstehungsgeschichte läßt sich hierfür nichts entnehmen[469]. Aus ihr ergibt sich, daß auch die Gewährleistung der Möglichkeit einer Verteidigung im Interesse des Betroffenen vorgesehen war. Ihm soll rechtliches Gehör gewährt werden; wenn er die (finanziell oder in anderer Hinsicht bedingte) Möglichkeit hat, sich dazu eines Anwalts zu bedienen, so läßt Art. 103 I GG das zu. Er macht aber die Anwaltschaft nicht unentbehrlich. Das rechtliche Gehör kann auch durch die Beteiligten persönlich oder durch andere Vertreter und Beistände wahrgenommen werden. Gegen die Institution der Anwaltschaft gerichtete Maßnahmen können andere Grundrechtsbestimmungen verletzen, vielleicht Art. 12 GG, aber nicht Art. 103 I GG.

---

und institutionellen Garantien; Bachof GR III 1, 165, spricht, darüber sachlich etwas hinausgehend, von Bestandsgarantie, wodurch der Sinn der Sache etwas deutlicher wird.

465 Vgl hierzu richtig MD Art. 1 Rn 98.

466 S. oben Anm 465.

467 Ein Ausnahmefall bei Bachof GR III 1, 165 f.

468 NJW 59, 6 ff (8) und 1297 ff (1300); dagegen schon MD Art. 103 Rn 78 Anm 5. Arndt geht im Zusammenhang hiermit so weit, unter Umständen einen Anspruch auf einen Anwalt aus Art. 103 I GG zu entnehmen. Dem kann nur teilweise zugestimmt werden. Da Art. 103 I GG Freiheitsrecht ist, darf der einzelne nicht gehindert werden, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Das ist in Art. 91 II BV besonders geregelt. Auch der Herrenchiemsee-Entwurf enthielt in Art. 135 (später 134) II eine entsprechende Bestimmung, die aber dann gestrichen wurde, weil man sich über ihre engere oder weitere Formulierung nicht einigen konnte; vgl JöR 1, 742 f. Diese Rechtslage zwingt aber nicht zu der Folgerung, daß der Staat dem nicht vertretenen Beteiligten für einen Anwalt sorgen müßte. Wenn dies durch Gesetz vorgeschrieben ist, so hat das andere Gründe.

469 JöR 1, 742 f.

3. Art. 103 I GG als Grundsatznorm?

Schließlich hat Art. 103 I GG auch nicht den Charakter einer Grundsatznorm. Wenn Bachof[470] schreibt, "die Grundrechtsnormen sind durchweg Ausdruck wertbezogener Grundsätze des staatlichen und sozialen Lebens, die aus ihnen, oft erst in Zusammenschau mit anderen Verfassungsbestimmungen, erschlossen werden müssen und in ihrer Wirkung über den Grundrechtsbereich hinausreichen", so trifft dies zwar auch für Art. 103 I GG dem Wortlaut nach insofern zu, als es sich hier um einen Grundsatz des staatlichen Lebens handelt, der seinen Wertgehalt aus Art. 1 I GG bezieht. Trotzdem wird man schwerlich annehmen können, daß die Wirkung des Art. 103 I GG über den Grundrechtsbereich hinausreiche. Die Dienste, die hier äußerstenfalls Art. 103 I GG als Grundsatznorm leisten könnte, werden von ihm als Auslegungsregel bereits erbracht. Eine darüber hinausgehende Wirkung für die gesamte Rechtsordnung, auch für die Privatrechtsordnung, dürften Prozeßgrundrechte überhaupt nicht haben; auch Bachof meint wohl nur die materiellen Rechte (wie zB Art. 12 GG). Auch Hamann[471], der in Art. 103 I GG eine "wichtige Grundsatzentscheidung unserer Verfassung" sieht, nennt keine weitere Wirkung. Nach Klein[472] werden durch die Grundsatznormen Rechtsgebiete außerhalb des Verfassungsrechts im Verfassungsrecht verankert. Dies läßt sich für Art. 103 I GG nicht behaupten. Zwar ist er gleichzeitig Verfassungsrechtssatz und grundlegende Verfahrensrechtsnorm, er verankert aber nicht das gerichtliche Verfahren als solches, sondern eben nur einen seiner tragenden Grundsätze. Auch die Stellungnahme Dürig's[473] deutet darauf hin, daß die besondere Funktion einer Grundsatznorm nicht allen Grundrechten zukommt, sondern besonders den sozialstaatlich orientierten, wozu Art. 103 I GG nicht zählt. Etwas anderes läßt sich auch aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage nicht entnehmen[474].

II Das Verhältnis von Art. 103 I GG zu Art. 6 MRK

1. Inhaltliche Unterschiede

Die (europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grund-

---

470 GR III 1, 164; vgl auch MD Art. 1 Rn 99.

471 Kommentar 419. 472 MK 88. 473 MD Art. 1 Rn 99.

474 Vgl BVerfGE 6, 55 (71 ff) mit insoweit zustimmender Anmerkung von Bachof, JZ 57, 272 ff; BVerfGE 10, 302 (322) für Art. 2 II 2 GG; anklingend in BVerfGE 7, 198 (205). Wenn Klein, MK 89, davon spricht, daß das Bundesverfassungsgericht den Ausdruck "Grundsatznorm" nur in einem andern Sinne brauche, so ist das durch die neuere Rechtsprechung überholt.

freiheiten vom 4. 11. 1950 (MRK) ist in der Bundesrepublik geltendes Recht[475][476]. Art. 6 MRK enthält, neben anderem, Vorschriften über das rechtliche Gehör. Er stellt jedoch in dieser Hinsicht keine so umfassende Norm wie Art. 103 I GG dar[477]; vielmehr regelt Art. 6 I 1 MRK seinem Wortlaut nach nur einen Ausschnitt aus Art. 103 I GG, er gilt nämlich nur für den Zivil- und Strafprozeß[478],

---

475. Bundesgesetz vom 7. 8. 1952 (BGBl II 686), in Kraft getreten am 3. 9. 1953 (BGBl 1954 II 14).

476 Anders die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. 12. 1948 lediglich verkündete "Allgemeine Erklärung der Menschenrechte"; vgl MD Art. 1 Rn 56 mwN; Echterhölter, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 55, 689 ff (690) mwN. Angemerkt sei, daß diese Erklärung ebenfalls mit Art. 103 I GG verwandte Bestimmungen enthält. Art. 8 befaßt sich mit dem Justizgewährungsanspruch zum Schutze gegen "acts violating fundamental rights", Art. 10 gibt jedermann in gewissen Grenzen einen Anspruch "to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". Geltendes Recht könnte hierin nur in Verbindung mit Art. 25 GG gesehen werden. Dies ist für einzelne Artikel der Deklaration nicht ausgeschlossen, vgl MD aaO, und könnte auch für Art. 10 erwogen werden, da er - wie Art. 103 I GG - im Kern im überpositiven Recht wurzelt. Dieser Frage des Völkerrechts kann hier nicht nachgegangen werden. Sie ist auch heute für das innerstaatliche Recht bedeutungslos, da Art. 103 I GG weiter reicht als Art. 10 der Deklaration in seinem Kern, der allenfalls (nicht zB das Erfordernis des öffentlichen Verfahrens) als geltendes Recht in Frage kommt. Für das deutsche Recht scheint sich höchstens die Frage nach den dadurch einer Abänderung des Art. 103 I GG gesetzten Grenzen zu ergeben, die auch bei Art. 6 MRK auftaucht. Da aber nur der überpositive Kern des Art. 10 der Deklaration beachtlich sein kann, läuft die Frage auf das Problem hinaus, wieweit Art. 103 I GG vom überpositiven Recht gefordert und damit unabänderlich ist; dazu s. oben § 3 II 1 b.

477 Auf keinen Fall ist aus Art. 6 I MRK mehr zu entnehmen als aus Art. 103 I GG; so insbesondere nicht aus dem Wort "öffentlich"; vgl MD Art. 103 Rn 97.

478 Ob er für die anderen Verfahrensarten entsprechend angewandt werden kann, ist zweifelhaft. Für Allgemeingeltung MD Art. 1 Rn 67 Anm 1; Echterhölter, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 56, 142 ff (145), wirft die Frage bezüglich des Verwaltungsgerichtsverfahrens auf, läßt sie aber unentschieden; OVG Münster JZ 56, 488 verneint sie. Für dieses dem Zivilprozeß ähnliche Verfahren mag eine Analogie gerechtfertigt sein; bezüglich anderer Verfahren, zB dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bestehen jedoch Bedenken; schon der Wert, der auf die Öffentlichkeit des Verfahrens gelegt ist, zeigt, daß in Art. 6 I MRK nicht alle Verfahrensarten gemeint sind.

und unter den einzelnen Buchstaben des Art. 6 III MRK werden Spezialfälle zu Art. 6 I MRK bezüglich des Strafverfahrens behandelt[479].

2. Art. 6 MRK in der innerstaatlichen Normenhierarchie

Hier interessiert das Verhältnis von Art. 6 I 1 MRK zu Art. 103 I GG, mit andern Worten die Frage, welcher Platz der Menschenrechtskonvention in der innerstaatlichen Normenhierarchie zukommt. Die MRK wurde durch einfaches Bundesgesetz zu innerstaatlich unmittelbar geltendem Recht transformiert. Daher geht die herrschende Meinung mit Recht davon aus, daß der MRK nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zukommt[480]. Echterhölter[481] dagegen nimmt an, daß die MRK, materiell gesehen, Verfassungsrecht darstelle, da ihre Menschenrechte in Art. 1 II GG angesprochen seien, weil sie alle Entfaltungen des Grundsatzes der Menschenwürde seien. Dies ist bezüglich des Kerns einzelner Rechte zuzugeben; damit handelt es sich insoweit tatsächlich um überpositives Verfassungsrecht, aber die MRK wird davon nicht berührt. Ebenso ist die Ansicht von Guradze[482] abzulehnen, der meint, die Rechte der MRK hätten dieselbe Wirkung, als wenn sie allgemeine Regeln des Völkerrechts wären. Sie überdeckten das GG und seien daher in dieses eingegangen. Auch er billigt den "Grundrechten" der MRK Verfassungsrang zu. Das würde jedoch eine Verfassungsänderung durch völkerrechtliche Verträge und die sie transformierenden einfachen Bundesgesetze ermöglichen, was nicht richtig sein kann, da der einfache Gesetzgeber nicht den Verfassungsgesetzgeber überspielen kann[483]. Vielmehr ist umgekehrt anzunehmen, daß später ergehende formelle Bundesgesetze, soweit sie mit Art. 103 I GG vereinbar sind, den Art. 6 I 1 MRK

---

479 Ob in Art. 6 I 1 MRK auch der Justizgewährungsanspruch enthalten ist, kann hier dahinstehen, da Art. 103 I GG ihn jedenfalls nicht enthält, also insoweit das Verhältnis beider Vorschriften zueinander keiner Klärung bedarf. Bejahend: MD Art. 103 Rn 97; Echterhölter JZ 56, 145.

480 MD Art. 1 Rn 59 mwN; Münch, Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 61, 153 ff mwN in Anm 7; vgl auch die Nachweise bei Echterhölter JZ 55, 689 Anm 4-8 und Guradze, Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden? DÖV 60, 286 ff (287 Anm 13

481 JZ 55, 691 f; so auch Guradze DÖV 60, 286 ff; derselbe, Anmerkung zu BVerfG NJW 60, 1243, ebenda; derselbe, Verfassungsbeschwerde und Verletzung der Menschenrechtskonvention, DÖV 61, 12 f.

482 DÖV 60, 287; gegen dessen Argumentation eingehend und überzeugend Herzog, Nochmals: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen der Menschenrechtskonvention? DÖV 60, 775 ff; hiergegen Guradze DÖV 61, 12.

483 So auch Münch JZ 61, 154.

für den Geltungsbereich des GG abändern könnten[484]. Praktisch dürfte dies allerdings nicht vorkommen, weil die Bundesrepublik damit gegen ihre völkerrechtlich-vertraglichen Pflichten verstieße[485].

Diese völkerrechtliche Bedeutung der innerstaatlich unter dem GG stehenden MRK bewirkt darüber hinaus sogar folgendes: Das heute in Art. 103 I GG geregelte rechtliche Gehör kann zwar, darf aber nicht durch eine (entgegenstehendes niedrigeres Recht brechende) Verfassungsänderung stärker beschränkt werden, als es Art. 6 I 1 und III MRK zulassen. Diese haben also absichernden Charakter. Allerdings könnten sie eine Beseitigung sich aus der Grundrechtseigenschaft ergebender Besonderheiten im Schutze des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 I GG nicht verhindern; ebensowenig eine Aufhebung der Grundrechtseigenschaft überhaupt.

3. Verfassungsbeschwerde und Rechtsbehelfe nach der MRK

Eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der MRK schließlich gibt es nicht[486]. Denn § 90 BVerfGG versteht unter Grundrechten ausschließlich Rechte des GG. Dafür kennt die MRK einen eigenen Rechtsbehelf[487]. Eine Beziehung besteht allerdings zur Verfassungsbeschwerde: Meist wird mit einem Recht der MRK gleichzeitig auch ein innerstaatliches Grundrecht verletzt sein, wie zB Art. 6 I 1 und III MRK einerseits und Art. 103 I GG andererseits zeigen. Dann sind beide Rechtsbehelfe möglich, jedoch die Beschwerde an die Kommission gemäß Art. 25 MRK erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsmittelverfahrens. Hierzu zählt, obwohl sie nach innerstaatlichem Prozeßrecht nicht zu den Rechtsmitteln gehört, sondern ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist, auch die Verfassungsbeschwerde[488] [489]; denn die MRK und der von ihr gewährte Rechtsschutz haben

---

484 Auch Münch aaO nimmt Gesetzesfestigkeit nur soweit an, als Normen der MRK allgemeines Völkerrecht sind.

485 MD Art. 1 Rn 59; Herzog DÖV 60, 777; gegen nur völkerrechtliche Bindung Guradze DÖV 61, 13.

486 MD Art. 1 Rn 59; Münch JZ 61, 154 mwN in Anm 16; BVerfG E 4, 110; 10, 271 (274); dahinstellend noch BVerfGE 9, 36 (39); aM Guradze NJW 60, 1243; derselbe DÖV 60, 287: Nach ihm sind "Grundrechte" auch die Rechte der MRK, was er aus dem objektivierten Willen des Gesetzgebers entnehmen zu können glaubt. Das BVerfGG (und sein § 90) ist aber geradezu ein Ausführungsgesetz zum GG (vgl Art. 93 II, 94 II GG). Gegen Guradze auch in dieser Frage Herzog DÖV 60, 775 ff.

487 Vgl die Art. 25, 32 und 48 MRK.

488 So Süsterhenn, Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, DVBl 55, 753 ff (756).

489 Dementsprechend ist die vorherige Einlegung der Beschwerde nach der MRK

nicht den Zweck, den Grundrechten und ihrem Schutz durch das Bundesverfassungsgericht Konkurrenz zu machen, sondern ihn zu verstärken und Lücken auszufüllen.

---

nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für die Verfassungsbeschwerde nach § 90 II 1 BVerfGG.

Dritter Teil

Der Geltungsbereich des Art. 103 I GG

Wenn man vom Geltungsbereich einer Norm spricht, so kann man damit verschiedenes meinen. Im folgenden ist weder der zeitliche noch der räumliche Geltungsbereich gemeint; in beiden Beziehungen gilt - wie für das ganze GG -, was in dessen Präambel und in den Art. 23 und 145 f GG geregelt ist. Hier geht es um etwas anderes. Nach Art. 103 I GG ist das rechtliche Gehör "vor Gericht" zu gewähren. Fraglich kann jedoch sein, was hier unter einem Gericht zu verstehen ist, weiter, welche gerichtlichen Verfahren rechtliches Gehör verlangen. Das ist nun zu klären.

§ 8

Der Begriff des Gerichts in Art. 103 I GG

Die verschiedenen Ansichten im Schrifttum

Diese Frage wird im bisherigen Schrifttum uneinheitlich beantwortet. In der Rechtsprechung ist sie überhaupt noch nicht allgemein untersucht worden; vielmehr wurden, dem auf Entscheidung des Einzelfalles gerichteten Zweck der Rechtsprechung entsprechend, bisher nur einzelne Verfahren als solche vor Gericht im Sinne von Art. 103 I GG anerkannt[490]. Hier geht es jedoch darum, einen allgemeingültigen Begriff mit Hilfe der bisher gefundenen Erkenntnisse abzuleiten und an diesem dann die einzelnen Verfahren zu messen. Allerdings darf nicht erwartet werden, daß hier der Begriff des Gerichts[491] im Sinne des GG oder in einem noch allgemeineren Sinne endgültig geklärt werden könnte; dies ist im Rahmen dieser Arbeit auch gar nicht nötig. Hier gilt es, die im Hinblick auf Art. 103 I GG geäußerten Meinungen auf ihre Brauchbarkeit hin zu untersuchen, und, gegebenenfalls auf dem dabei gefundenen Ergebnis aufbauend, eine eigene Ansicht zu begründen.

---

490 Deshalb soll die einschlägige Rechtsprechung vor allem berücksichtigt werden, wenn später die einzelnen Verfahren geprüft werden.

491 Die Literatur hierzu ist kaum zu übersehen; vgl die Zusammenstellung bei Knoll, Die besonderen Gerichte, DÖV 54, 232 ff und 263 ff (236 ff).

1. Von einem Begriff der Rechtsprechung ausgehende Ansichten

Das GG stellt Art. 103 I GG in seinen Abschnitt über die Rechtsprechung, und dieser beginnt sogleich in Art. 92 GG mit dem Satz: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut;..." Hat man sich einmal für einen bestimmten Begriff der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang entschieden, so liegt es nahe, hiervon auch für den Begriff des Gerichts auszugehen. Das tun denn auch einige Autoren, jeweils von ihrem Begriff der Rechtsprechung aus[492].

a) Die Lehre Löwe's

Seiner oben[493] geschilderten Ansicht vom Ursprung und Sinn des rechtlichen Gehörs glaubt Löwe[494] die Beschränkung von dessen Geltungsbereich auf den Bereich der Rechtsprechung im Sinne der Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten entnehmen zu können. Art. 103 I GG wolle nicht vor Eingriffen der Gerichte rechtliches Gehör gewähren, sondern der Rechtsprechung eine weitere, über Art. 92 GG hinausgehende, Sicherung geben[495]. Hier liegt bei Löwe demnach der Zusammenhang von Art. 103 I mit Art. 92 GG. Alle dem Richter übertragene materielle Verwaltungstätigkeit schließt Löwe deshalb aus Art. 103 I GG aus, zumal hier eine Gelegenheit zur vorherigen Stellungnahme wegen der mannigfaltigen Ausnahmen doch nicht so umfassend sein könne, wie dies das rechtliche Gehör verlange. Den Einwand, der Richter der zweiten Instanz führe in Verwaltungssachen im Ergebnis auch nur die Arbeit des erstinstanzlichen Richters fort, versucht Löwe[496] durch die Annahme zu entkräften, in der Beschwerdeinstanz trete das verwaltende Element ganz hinter das richterliche zurück und müsse sich der Richter bewußt bleiben, daß er zur streitentscheidenden Rechtsprechung berufen sei.

In Wirklichkeit steht oft[497] der zweite Richter nur insofern anders zu dem zu entscheidenden Fall, als ihm bereits eine Entscheidung vorliegt. Daher hat er, wozu

---

492 Die verschiedenen Begriffe der Rechtsprechung können hier keiner Kritik unterzogen werden. Das erübrigt sich auch, da diese Arbeit den Begriff des Gerichts unabhängig von dem der Rechtsprechung bestimmen wird. Hingewiesen sei jedoch besonders auf Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze, in: HDStR II, 108 ff (127 ff, 129); Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, 21 ff; neuerdings Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, 1-23.

493 S. oben § 3 I 3.

494 Löwe 253 ff.

495 AaO 279.

496 AaO 297.

497 Zu den möglichen Fallgestaltungen bei der Tätigkeit der Rechtsmittelgerichte speziell in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Verwaltung oder Rechtsprechung) vgl Bettermann, Lent-Festschrift 38.

der erste Richter natürlich nicht in der Lage ist, auch zu dieser Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Dieser Unterschied ist aber nicht einschneidend genug, um hinsichtlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs eine völlig verschiedene Behandlung zu rechtfertigen. Andererseits führt Löwe's Auffassung dazu, auch dann rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG zu verlangen, wenn unzweifelbar und einhellig als Verwaltungsbehörden anzusehende Stellen einmal streitentscheidend tätig werden[498], wenn zB das Landratsamt als Rechtsaufsichtsbehörde gemeindliche Akte kontrolliert, die den Bürger beeinträchtigen können, etwa über die gegen einen Fluchtlinienplan erhobenen Einwendungen entscheidet[499]. Daß hier aber Art. 103 I GG nicht anwendbar ist, das sollte aus seinem Wortlaut klar hervorgehen. Löwe's Bestimmung des Geltungsbereichs leidet schließlich an demselben Fehler wie seine Lehre über den Ursprung und Sinn des rechtlichen Gehörs, sie übersieht die Stellung des Art. 103 I GG im Wertsystem der Grundrechte. Art. 103 I GG dient nicht der Absicherung der Rechtsprechung, sondern dem Schutz des einzelnen. Daher ist Löwe's einschränkende Bestimmung des Geltungsbereichs abzulehnen.

b) Die Lehre Arndt's und Bettermann's

Auch Arndt[500] geht von seinem Begriff der Rechtsprechung aus. Es heißt bei ihm, was Gehör vor Gericht bedeute, lasse sich nur aus einem materialen Begriff des Richters und des Rechtsprechens ableiten. Rechtsprechung ist nach Arndt "die verselbständigte und mittels Repräsentation ausgeübte Staatstätigkeit, die auf Grund eines Wahrspruchs über die Verwirklichung eines bestimmten Sachverhalts Rechtskraft für eine Berechtigung wirkt, das heißt sie als gültig qualifiziert". Die Tragweite des rechtlichen Gehörs vor Gericht wurzele darin, daß einzig der Richter verbindliche Wahrsprüche fällen könne und daß allein seine Qualifikation einer Berechtigung als rechtskräftig ihre Endgültigkeit bewirke[501]. Arndt sieht also das Wesen des Rechtsprechens darin, daß verbindliche, keiner weiteren Prüfung mehr unterliegende[502], rechtskräftige Entscheidungen getroffen würden; hiernach bestimmt er den Begriff "Gericht" im Sinne des Art. 103 I GG. Der hiergegen zu erhebende Einwand richtet sich auch gegen eine fast gleichlautende Stellungnahme Bettermann's[503]. Diese ist zuvor kurz mitzuteilen.

---

498 Diese Möglichkeit sehen auch BVerwGE 1,4(10) und 8,350(354).

499 Vgl §§ 7 und 8 des Gesetzes, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2.7.1875 (GS 561) - Preußisches Fluchtliniengesetz -, neuerdings vom Bundesbaugesetz vom 23.6.1960 (BGBl I 341) abgelöst.

500 NJW 59,1297, vgl auch derselbe NJW 59,606f. 501 AaO 1298.

502 Arndt aaO 1298 hebt hervor, daß im Gegensatz hierzu Gesetze und Verwaltungsakte richterlich geprüft werden.

503 Lent-Festschrift 17 ff (42).

Sie bezieht sich vor allem auf das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist aber auch auf andere Gebiete übertragbar. Bettermann stellt gewissermaßen folgende Leitsätze auf: "Nur im Rechtsprechungsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht verfassungskräftig Anspruch auf rechtliches Gehör. Art. 103 I GG gilt nur vor den Gerichten, die rechtsprechen, und nur soweit sie es tun; denn Art. 103 I GG steht im Abschnitt, der überschrieben ist 'die Rechtsprechung'. Gerichte im Sinne dieses - IX. - Abschnitts sind nur diejenigen, welche die nach Art. 92 GG den Richtern anvertraute rechtsprechende Gewalt ausüben." Zur Rechtsprechung rechnet er dabei diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch Richterspruch erledigt werden, "das heißt durch den verselbständigten und verbindlichen, also der materiellen Rechtskraft fähigen Ausspruch dessen, was in dieser Sache rechtens ist" [504]. Auch bei dieser Stellungnahme Bettermann's liegt also entscheidender Nachdruck auf der Art der jeweiligen Tätigkeit des Richters.

Hiergegen wie gegen die Lehre Arndt's ist zu sagen: Einzig aus der Tatsache, daß Art. 103 I GG im Abschnitt über die Rechtsprechung steht, darf nicht entnommen werden, daß der hier verwendete Begriff des Gerichts von einen funktionellen Begriff der Rechtsprechung abhänge [505]. Die Überschrift des Abschnitts ist hier wohl kaum maßgeblich; denn im neunten Abschnitt finden sich vor allem auch Normen mit gerichtsverfassungsrechtlichem Charakter; sie haben es also nicht primär mit der Rechtsprechung zu tun. Und in Art. 92 GG, wo der Begriff der Rechtsprechung noch einmal wiederkehrt, ist zwar die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut, aber damit nicht ausgeschlossen, daß ihnen auch andere Aufgaben zukommen [506]. Der Begriff der Rechtsprechung ist stets enger als der des Gerichts. Es darf für Art. 103 I GG also zwar an Art. 92 GG insgesamt, einschließlich seiner unausgesprochen gebliebenen Möglichkeit anderer richterlicher Tätigkeit, angeknüpft werden, nicht aber an einen materiellen Begriff der

---

504 AaO 24 unter Berufung auf seinen Beitrag in Jellinek-Gedächtnisschrift 361 ff.

505 Auf die Notwendigkeit, hier genau zu unterscheiden, weist auch Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 51 (1960), 64, hin. Wie hier Knoll DÖV 54, 268; aM Hans-J. Wolff, Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oberversicherungsämtern, MDR 51, 67 ff (68); v. Turegg, Gerichte, NJW 53, 1201 ff (1202); Kern, Zur Frage der akademischen Disziplinargerichte, Zugleich ein Beitrag zum Begriff des Gerichts, DÖV 54, 675 f. Schon für die WRV ging Böttticher, Inwieweit sichern die Art. 102 ff der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZP 51 (1926), 201 ff, insbesondere 220, davon aus, daß sie den Begriff des Richters formell verstand.

506 Einhellige Meinung, vgl zB Bettermann GR III 2, 633.

Rechtsprechung. Eine Unterstützung dieser Ansicht kann darin gesehen werden, daß der Begriff "Gericht" in Art. 103 I GG einen näheren Zusammenhang mit dem des Richters als mit dem der Rechtsprechung aufzuweisen hat[507]. Zwar können die Begriffe "Gericht" und "Richter" auf mehrere Arten definiert werden[508], aber sie dürfen sicher nicht unabhängig voneinander definiert werden. Denn beide umschließen dasselbe Gebiet; wo es Gerichte geben soll, da müssen Richter sein, und nur an Gerichten können Menschen als Richter tätig sein. Bei Art. 103 I GG geht es um das Verfahren. Ein vor Gericht stattfindendes Verfahren kann nur vor dem Richter stattfinden; jedes richterliche Verfahren ist auch ein gerichtliches Verfahren. Wenn Art. 103 I GG statt des Wortes "Gericht" das Wort "Richter" gebraucht hätte, so wäre dadurch also noch keine andere Auslegung der Vorschrift möglich. Anders, wenn statt dessen von der Rechtsprechung die Rede wäre. Dann würde sich eine Anknüpfung an diesen Begriff in Art. 92 GG geradezu aufdrängen. Deshalb können die an materielle Rechtsprechungsbegriffe anknüpfenden Lehren von Arndt und Bettermann hier nicht überzeugen.

c) Die abweichende zweite Ansicht Bettermann's

Mit seiner soeben angeführten Auffassung nicht zu vereinbaren ist die Art, in der sich Bettermann selbst an anderer Stelle[509] zum Problem äußert. Dort behandelt er die Frage, welche Behörden und Institutionen Gerichte und welche Personen Richter im Sinne des IX. Abschnitts des GG sind. Da er Art. 103 I GG nicht ausdrücklich ausklammert, ist anzunehmen, daß die Erörterungen auch für diese Norm Gültigkeit haben sollen. Nach Ausscheidung verschiedener Definitionsmöglichkeiten sieht Bettermann schließlich[510] in den Gerichten im Sinne des GG "diejenigen Staatsbehörden, die speziell zu dem Zweck geschaffen sind, Aufgaben staatlicher Rechtsprechung zu erfüllen - oder kürzer: die speziell zur Rechtsprechung bestimmt sind". Dabei soll es nicht darauf ankommen, welche Tätigkeit sie tatsächlich überwiegend ausüben, sondern auf die "wesentliche, eigentliche, spezifische Aufgabe". Das ergebe sich aus dem Gesetz, das Errichtung, Verfassung und Verfahren der jeweiligen Behörde regle. Richter seien dementsprechend diejenigen Amtsträger eines Gerichts, die speziell zur Rechtsprechung berufen seien.

Diese Definition Bettermann's hat einen weiteren Geltungsbereich des Art. 103 I GG zur Folge als seine oben mitgeteilte Meinung. Während es oben hieß, Art.

---

507 Das deutet Bettermann GR III 2, 633 selbst an: "Richter und Gericht sind untrennbar verbunden"....

508 Bettermann GR III 2, 632.

509 GR III 2, 628 ff.

510 AaO 634; ebenso Bettermann, Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung? DÖV 59, 761 ff (763).

103 I GG gelte nur, soweit die Gerichte Recht sprächen, soll es jetzt für den ganzen IX. Abschnitt, ja sogar für das GG überhaupt, also auch für Art. 103 I, nur darauf ankommen, was die eigentliche, spezifische Aufgabe einer Behörde sei; wenn dies die Rechtsprechung sei, dann handle es sich um ein Gericht; hinzuzufügen ist: dann müsse es auch rechtliches Gehör geben, wobei die tatsächliche jeweilige Tätigkeit des Gerichts keine Rolle spiele.

Abgesehen von der aufgezeigten Widersprüchlichkeit[511] zur ersten Auffassung ist zu dieser neueren Meinung Bettermann's folgendes zu bemerken: Ihre Schwäche zeigt sich, wo begründet werden soll, daß auch der ausschließlich in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Vollstreckung oder der Justizverwaltung beschäftigte Richter diese Eigenschaft dadurch nicht verlieren soll[512]. Nach Bettermann genügt es, daß er jederzeit für Aufgaben der Rechtsprechung eingesetzt werden kann; entscheidend für die Richterqualität sind seine potentiellen Fähigkeiten, wie sie ihm kraft seiner Vorbildung zukommen. Damit wird das Kriterium der spezifisch rechtsprechenden Tätigkeit aufgegeben. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb der ausschließlich in der Justizverwaltung tätige Amtsträger Richter sein soll, was nach Bettermann[513] dann die Unabhängigkeit zur Folge hat. Weiter ist folgendes festzustellen: Die Gerichtsqualität ergibt sich nach Bettermann aus Errichtung, Verfassung und Verfahren der Behörde. Dies kann nur teilweise richtig sein. Aus der Regelung des Verfahrens kann die Gerichtsqualität der Behörde nicht festgestellt werden[514]. Wenn ein Gericht gegeben ist, dann muß das Verfahren entsprechend ausgestaltet werden, insbesondere hinsichtlich des rechtlichen Gehörs, aber diese oder andere Verfahrensvorschrif-

---

511 Diese zeigt sich auch in folgendem: Einmal (Lent-Festschrift 39) ist nach Bettermann die Unabhängigkeit nur dem tatsächlich rechtsprechenden Richter von der Verfassung gewährleistet; das anderemal (GR III 2, 634 f) jedem speziell zur Rechtsprechung Berufenen, also auch bei verwaltender Tätigkeit.

512 GR III 2, 634 f.

513 AaO 635.

514 Das übersehen BGH VRspr 8, 486 f; VGH Stuttgart ESVGH 1, 1(3); VG Stuttgart NJW 49, 631; Holtkotten, BK Art. 92 Erl II 2 b; Röhl NJW 53, 1531 Anm 6; Hans-J. Wolff NJW 51, 69; v. Turegg NJW 53, 1202; Kern DÖV 54, 676; Knoll DÖV 54, 264; Hesse 122; Bernhardt, Der Rechtscharakter des Deutschen Patentamts, NJW 58, 1851 ff (1853); Eyermann-Fröhler, VGG, 2. Aufl. München und Berlin 1954, 80; dieselben, VwGO, München und Berlin 1960, § 40 Rn 98; weiter die bei Bettermann GR III 2, 641 Anm 638 sonst noch zitierten Stimmen; nicht unmißverständlich Bachof ZZP 65, 3 und 5; derselbe, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 49, Sp. 377 ff (379). Richtig dagegen MD Art. 103 Rn 84 Anm 4; Baur AcP 153, 405; Heinzmann 73; Eichenberger 13 Anm 1; Dernedde, Anmerkung zu BVerwGE 1, 4 ff, DVBl 54, 20 ff (22).

ten können nicht dazu dienen, den Begriff des Gerichts zu bestimmen. Da Bettermann kurz danach[515] selbst ausdrücklich diese letzte Meinung vertritt, ist anzunehmen, daß auch seine vorhergehende Äußerung nicht anders verstanden werden will. Sie bleibt aber zumindest unklar. Andererseits erscheint es richtig, wenn Bettermann auf die Normen über die Errichtung und Verfassung der Behörde abstellt; denn diese Normen, die eine Institution schaffen, gestalten deren Charakter; sie haben es in der Hand, sie als Gericht zu qualifizieren. Fraglich ist allerdings weiterhin, welche Kriterien ausschlaggebend sind dafür, ob das jeweilige "Gerichts"-verfassungsgesetz wirklich ein Gericht geschaffen hat. Wenn Bettermann hier wieder an einen Begriff der Rechtsprechung anknüpft, so gilt dafür dasselbe, was schon zu seiner oben skizzierten engeren Auffassung zu sagen war.

2. Die komplexe Lehre Baur's

Über die bisherigen Ansichten hinaus geht Baur[516]. Ihm kommt es nicht darauf an, was unter Rechtsprechung zu verstehen ist[517]. Vielmehr bestimmt er seinen Begriff des Gerichts nach dem von ihm festgestellten Ursprung, Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs. Da dieses nach Baur das der Unrechtsabwehrtendenz entspringende Schutzrecht des einzelnen gegen drohende Eingriffe durch richterliche Entscheidungen ist, so umgrenzt er den Geltungsbereich dieses Rechts, seinem weitgefaßten Zweck entsprechend, weit. Baur legt dabei keinen Wert auf eine Abgrenzung aus einem Guß, sondern der Begriff "Gericht" im Sinne von Art. 103 I GG kann ihm auf verschiedene Arten erfüllt sein. Dabei sind gewissermaßen zwei Spezialfälle und ein Grundsatz zu unterscheiden.

a) Die Spezialfälle

Zunächst sollen die speziellen Merkmale dargestellt und geprüft werden, die die Gerichtsqualität im Sinne des Art. 103 I GG begründen können sollen.

aa) Gerichtsqualität auf Grund der Bezeichnung der Behörde

Einmal soll jeder Behörde, die im Gesetz als Gericht bezeichnet ist[518], diese Eigenschaft zukommen, wenn es um Art. 103 I GG geht. Dabei soll es weder auf die Funktion der Behörde noch auf das Vorhandensein der Unabhängigkeit ihrer Mitglieder ankommen. Der tiefere Grund für diese Regel ist verständlich; er

---

515 GR III 2, 641. 516 AcP 153, 405 f.

517 Dafür ist ihm auch sonst nicht der wissenschaftliche Meinungsstreit entscheidend, sondern der historisch gewachsene Aufgabenkreis der Gerichte; vgl Baur, Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 55, 512.

518 AcP 153, 406; aM Knoll DÖV 54, 263 mwN; Kern DÖV 54, 676; Bettermann GR III 2, 634 mit Anm 607.

liegt in der richtigen Tendenz Baur's, das rechtliche Gehör dann zu gewähren, wenn der Bürger Grund für die Annahme haben darf, einem Gericht gegenüber zu stehen; wenn das Gesetz von einem Gericht spricht, dann soll dort auch Anspruch auf rechtliches Gehör bestehen. Trotzdem kann Baur nicht gefolgt werden. Er vereinfacht hier zu sehr. Wenn es im Rahmen des Art. 103 I GG genügte, daß ein Gesetz die Bezeichnung "Gericht" wählt, so wäre damit die Bestimmung des Geltungsbereichs des Rechtes der Terminologie des einfachen Gesetzgebers überlassen. Das müßte zwar nicht stets zum Nachteil des Bürgers sein, es würde in der Regel sogar seine Rechtsstellung verbessern und auch dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen; es stellte aber eine Umgehung der von Art. 1 III und 20 III geschaffenen Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte dar. Damit ist dieser Versuch Baur's, den Begriff Gericht im Sinne von Art. 103 I GG zu bestimmen, als unzulässig anzusehen.

bb) Streitentscheidende Tätigkeit der Behörde

Zum andern nimmt Baur [519] an, daß jedenfalls auch dann der Begriff des Gerichts erfüllt sein soll, wenn eine Stelle streitentscheidend tätig sei. Dann solle es wiederum nicht auf die gesetzliche Bezeichnung oder auf die Unabhängigkeit ankommen. Dies entspricht der abgelehnten Lehre Löwe's und kann daher ebenfalls nicht anerkannt werden. Zwar will Baur damit nicht wie Löwe den Begriff des Gerichts für Art. 103 I GG in erschöpfender Weise regeln; aus diesem Grunde wäre die Regel also nicht zu beanstanden. Aber auch Baur muß infolge der Heranziehung des Kriteriums der Streitentscheidung hinnehmen, daß Art. 103 I GG - wie oben gezeigt - auch auf manche Entscheidungen von reinen Verwaltungsbehörden anwendbar wäre, was keinesfalls zutrifft. Wollte er dies vermeiden, so müßte er von Streitentscheidung durch den Richter sprechen. Der Begriff des Richters soll aber gerade gefunden werden; denn er kann in Art. 103 I GG an die Stelle des Begriffs des Gerichts gesetzt werden, wie schon ausgeführt wurde.

b) Der Grundsatz

Damit könnte also höchstens Baur's Grundsatz anerkannt werden. Er lautet: "Die Gerichtseigenschaft einer Behörde wird aber nur durch die besonderen Qualitäten der die Entscheidung fällenden Personen, ihre persönliche und sachliche Unabhängigkeit bestimmt." Richter sind danach persönlich und sachlich unabhängige staatliche Amtsträger [520]. Das kann nicht ganz zutreffend sein; jedenfalls ist es für Art. 103 I GG zu eng. Es ist nicht einzusehen, daß ein nur sachlich, aber nicht persönlich unabhängiger, weil noch versetzbarer Assessor als Amtsrichter weniger verpflichtet wäre, rechtliches Gehör zu gewähren, als ein

---

519 AaO 406.

520 AaO 405; vgl auch Baur, Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, Tübingen 1954, 18.

Richter im Sinne von Art. 97 II 1 GG. Vielmehr sollte man meinen, daß diese Schwäche seiner richterlichen Qualität gerade durch ein umso rechtsstaatlicheres Verfahren soweit wie möglich ausgeglichen werden müßte. Demnach ist dem Grundsatz Baur's mindestens der Zusatz hinzuzufügen, daß die Gerichtsqualität nicht schon dann verloren geht, wenn ausnahmsweise auf Grund wichtiger Bedürfnisse der Rechtspflege - nicht schon notwendigerweise kraft Gesetzes - ein persönlich noch abhängiger Amtsträger den Spruchkörper bildet [521].

Gegen diesen Grundsatz ist nun aber von Bettermann [522] geltend gemacht worden, daß er deshalb nicht zur Bestimmung des Gerichtsbegriffs dienen könne, weil dann Art. 97 I GG leerlaufe. Wo das jeweilige Verfahrensgesetz die sachliche Unabhängigkeit nicht vorsehe oder gar verhindere, da wolle Art. 97 I GG direkt eingreifen. Mit dem Wesen des Richters untrennbar verbunden sei lediglich die Notwendigkeit seiner Unabhängigkeit von den Parteien, diejenige von der staatlichen Exekutive aber nur, soweit der Staat Prozeßpartei sei [523].

Eine rein logische Betrachtung des Gesetzeswortlauts könnte einen dazu führen, Bettermann Recht zu geben. Das Schrifttum und die Rechtsprechung halten sich jedoch nicht hieran, sondern zählen die sachliche, mit Einschränkungen auch die persönliche Unabhängigkeit zu den Wesensmerkmalen des Richters und des Gerichts [524]. Dies geschieht mit Recht. Schon wenn man Art. 97 GG unbefangen liest, sieht man seinen Sinn darin, daß Richter eben nicht sein kann, wer nicht sachlich und in der Regel auch persönlich unabhängig ist. Dies will das GG

---

521 So dem Sinn nach auch BVerfGE 4, 331 (345); vgl auch BVerwGE 1, 4 ff; Knoll DÖV 54, 267.

522 GR III 2, 635; DÖV 59, 762.

523 Bettermann GR III 2, 530 gegen Kern, Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. München und Berlin 1959, 81.

524 BVerfGE 4, 331 (344); 6, 55 (63); 7, 1 (5); BVerwGE 1, 4 (6 ff); VGH Stuttgart ESVGH 1, 1, (3); VGH München NJW 58, 1458; BayVerfGHE 7, 21 (33, 36).

Bachof SJZ 49, Sp. 379 und 394; derselbe ZZP 65, 4; derselbe JZ 57, 374; derselbe, Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959, 33; MD Art. 19 IV Rn 56; Hamann, Kommentar 385 und 401; Holtkotten, BK Art. 92 Erl II 3 a aE; Kern, Zum Begriff des Richters und des Gerichts, DRiZ 52, 125 ff (127); derselbe DÖV 54, 676; derselbe, Gerichtsverfassungsrecht 54; derselbe HDStR II, 485; Dernedde DVBl 54, 20 f; Knoll DÖV 54, 264 ff; Hans-J. Wolff NJW 51, 69; v. Turegg NJW 53, 1203; Bernhardt NJW 58, 1853; derselbe, Das Patentamt - eine Verwaltungsbehörde, NJW 59, 2043; Menger VerwArch 51, 65 f; Baur, Justizaufsicht Anm 81; Hesse 120; Friesenhahn 31; Ule, Verwaltungsprozeßrecht 97; Eyermann-Fröhler, VGG 80; dieselben, VwGO § 40 Rn 98; Maunz, Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung, DÖV 59, 844 (unter Hinweis auf Staatsrecht 9. Aufl., 211, wo dies aber nicht steht); aM für die WRV offensichtlich Böttticher 212.

auch sagen. Es ist unrealistisch zu glauben, die Unabhängigkeit könne - falls das spezielle Gerichtsverfassungsgesetz sie nicht vorschreibt und durch seinen ganzen übrigen Inhalt auch verwirklicht - einfach dadurch erreicht werden, daß Art. 97 I GG sie befehle. Dadurch läßt sich die bestehende Organisation einer Institution nicht beiseite schieben; sie verhindert nach wie vor die Unabhängigkeit. Das GG konnte in Art. 97 I lediglich einen Riegel vorschieben und solche Institutionen nicht als Gerichte anerkennen. Auch bei dieser Auslegung läuft Art. 97 I GG nicht leer; seine Bedeutung ist gegenüber der von Bettermann erstrebten aber wirkungsvoller, da sie nicht nur dem Gesetz nach unabhängige Gerichte schafft, sondern wirklich abhängige Gerichte verhindert. Als Folge ergibt sich dann, daß stets der Rechtsweg zulässig bleibt, obwohl sich so ein Scheingericht bereits mit der Sache befaßt haben mag.

Ist danach die Unabhängigkeit von der staatlichen Exekutive und die Bindung nur an das Gesetz wegen Art. 97 GG ein Wesensmerkmal des Richters, so gilt das, wie Bettermann zugibt, zugleich für die Unabhängigkeit von den Parteien. Auch sie läßt sich aus Art. 97 I GG entnehmen. Dem Verwaltungsbeamten kommt sie, obwohl sie auch ihm nicht unbekannt ist, wie die ihrem Schutze dienenden Strafvorschriften der §§ 331 ff StGB zeigen, nicht immer, vor allem nicht gegenüber dem Staate als Partei zu. Damit ist Bettermann's Einwand gegen Baur's Grundsatz als nicht durchschlagend anzusehen. Ob dieser speziell für Art. 103 I GG schon ausreicht, um den Begriff des Richters festzustellen, oder ob die Unabhängigkeit nur ein Merkmal neben andern ist, wenn es um den Geltungsbereich des Rechtes auf rechtliches Gehör geht, das soll jetzt bei der eigenen Stellungnahme geklärt werden.

II Die eigene Meinung

1. Ausklammerungen

Eine jetzt schon vornehmbare Ausgrenzung erlaubt die Stellung von Art. 103 I GG im System des GG. Er hat hier seinen Platz in einem der Abschnitte gefunden, die von den staatlichen Gewalten und Funktionen handeln. Zudem ist in Art. 92 GG erschöpfend von bestimmten Bundesgerichten und den Gerichten der Länder die Rede. Dieser Kreis der Gerichte, den man zunächst noch ausschließlich im Zusammenhang mit der "rechtsprechenden Gewalt" des Art. 92 GG sehen könnte, wird später nirgends erweitert. Alle Stellen, die nicht Bundes- oder Länderinstitutionen sind, scheiden daher für Art. 103 I GG aus. Das gilt insbesondere für die auf internationalen Verträgen beruhenden zwischen- und überstaat-

lichen Gerichte [525], weiter für Schiedsgerichte [526], Vereinsgerichte, Berufsgerichte (soweit sie nicht staatlichen Stellen angegliedert sind [527]), kirchliche Gerichte [528] [529]. Zweifelhaft kann sein, ob auch die baden-württembergischen Gemeindegerichte unter diesem Gesichtspunkt auszuscheiden haben [530]. Einerseits entscheidet nach dem Gesetz [531] der Gemeinderat über die Besetzung der Gemeindegerichte (§§ 1 III, 2 I, 3) und werden die Richter von der Gemeinde entschädigt (§§ 1 III, 7), andererseits haftet das Land bei Amtspflichtverletzungen (§ 1 IV), üben staatliche Richter die Dienstaufsicht aus und gilt das Dienststrafrecht wie für die Amtsrichter (§§ 9 und 10). Es handelt sich hier wohl um eine Delegierung staatlicher Gewalt [532], also mittelbar noch um staatliche Stellen, sodaß allein um dieser Übertragung willen Art. 103 I GG noch nicht ausgeschaltet ist [533]. Eine andere Frage ist aber, ob die Gemeindegerichte die andern Merkmale des Gerichtsbegriffs erfüllen, insbesondere, ob sie unabhängig sind.

2. Genauere Kennzeichnung des Merkmals der Unabhängigkeit

a) Die Übernahme des Grundsatzes

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich bereits, daß für den Begriff des Richters (und damit des Gerichts im Sinne von Art. 103 I GG) dem Merkmal der sachlichen und grundsätzlich auch der persönlichen Unabhängigkeit wesentliche Bedeutung zukommt [534]. Art. 97 I GG hat die Aufgabe, klar herauszustellen, daß

---

525 Art. 103 I GG gilt für sie schon deshalb nicht, weil er innerstaatliches Recht ist. Er gilt aber für Gerichte, die durch Staatsvertrag zwischen einzelnen Bundesländern errichtet worden sind (zB nach § 3 II VwGO) und die die Aufgaben von Ländergerichten wahrnehmen wie zB das OVG Lüneburg.

526 S. oben § 4 I 4 b.

527 Vgl hierzu Bettermann GR III 2, 630 f und BVerwG NJW 58, 1696 und 1697.

528 So auch MD Art. 103 Rn 84; Bettermann aaO.

529 Inwieweit auch vor kirchlichen Gerichten der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Kirchenrecht gilt, ist eine andere Frage; vgl Hesse 123, 125, 143.

530 Nach Bettermann GR III 2, 632 sind sie unzulässig, ihre Entscheidungen nichtig. Das ist dort zwar nur für die Vorläufer der heutigen Gemeindegerichte gesagt, müßte dann aber auch für das geltende Recht so sein.

531 Gesetz über die Gemeindegerichtsbarkeit vom 7. 3. 1960 (GBl 73).

532 Zweifelhaft, ob: staatlicher Gerichtsbarkeit. Deren Delegierbarkeit ist fraglich; vgl MD Art. 19 IV Rn 39.

533 Ähnlich Bettermann GR III 2, 632 für die hessischen Ortsgerichte.

534 Besonders Reuß JR 53, 471 hebt den "unzertrennbaren Sinnzusammenhang" hervor, in dem die tatsächliche und rechtliche richterliche Unabhängigkeit mit dem rechtlichen Gehör stehen. Richtig erkennt er, daß die Unabhängigkeit Voraussetzung dafür ist, daß der Richter "nicht nur das äußere Ohr, son-

nirgends von einem Richter gesprochen werden kann, ohne daß diesem Amtsträger auch die sachliche Unabhängigkeit ermöglicht wird. Und Art. 97 II 1 GG, der keine Ausnahmevorschrift ist, sondern grundsätzlich für die Berufsrichter gilt[535], zeigt, daß das GG einen Amtsträger nicht als Richter anerkennt, wenn das spezielle einfache Gerichtsverfassungsgesetz ihn schon für den Normalfall persönlicher Abhängigkeit aussetzt und diese nicht nur für unvermeidliche Ausnahmefälle hinnimmt[536].

b) Die Gültigkeit des Art. 97 GG auch für Art. 103 I GG

Diese Aussagen des Art. 97 GG sind nicht auf einen besonderen gesetzlichen Tatbestand hin gezielt, sie haben keinen besonderen Beziehungspunkt. Es ist also ausgeschlossen zu sagen, die in Art. 97 GG getroffenen Entscheidungen bezögen sich nur auf den Begriff des Richters zB in Art. 92 GG oder in einer andern bestimmten Norm. Vielmehr müssen diese Aussagen Gültigkeit für alle Normen des GG haben, es sei denn, daß sich aus der jeweils in Frage stehenden Bestimmung des GG, die den Begriff des Richters oder des Gerichts verwendet, etwas anderes ergibt. Deshalb ist davon auszugehen, daß die Art. 97 I und II 1 GG auch für Art. 103 I GG gelten[537]. Auch für den Begriff des Gerichts im Sinne dieser Norm ist also die Unabhängigkeit der Amtsträger wesensnotwendig.

c) Die Merkmale der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit

Es bedarf jedoch noch der Klärung, was unter Unabhängigkeit hier genau zu verstehen ist. Für die persönliche Unabhängigkeit spricht dies Art. 97 II 1 klar

---

dern auch die geistig-seelische Resonanz willig leihen" kann, daß also die Freistellung von Sachweisungen (mindestens auch) im Dienste des rechtlichen Gehörs steht.

535 So auch Bettermann GR III 2, 635 mwN.

536 Deshalb gilt Art. 103 I GG nicht vor dem Rechtspfleger, auch soweit er richterliche Aufgaben wahrnimmt. § 8 RPflG betrifft nur die sachliche Unabhängigkeit. Das mag verwunderlich erscheinen; denn es kann dem Gesetzgeber nicht gestattet sein, in beliebigem Umfang durch Übertragung von Aufgaben an den Rechtspfleger das (sonst vor dem Richter zu gewährende) rechtliche Gehör auszuschalten. Aber einmal wird es das Rechtsstaatsprinzip verbieten, dem Rechtspfleger zu viele Entscheidungen zu übertragen; zum andern gibt es gegen Entscheidungen des Rechtspflegers nach § 10 RPflG die Erinnerung, über die der Richter unter Beachtung des Art. 103 I GG entscheidet. Schließlich ist der Beteiligte auch vor dem Rechtspfleger nicht ohne Gehör; denn auch hier gilt der im Prozeßrecht entwickelte Grundsatz.

537 Dasselbe ist zB auch für Art. 101 I 2 GG anzunehmen; vgl Bettermann GR III 2, 560 f.

aus; es handelt sich also um die Sachverhalte, die man vereinfachend [538] auch mit den Begriffen Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit umschreibt. Weniger deutlich ist aber Art. 97 I GG. Aus dem "und" läßt sich folgern, daß Art. 97 I GG unter dem Wort "unabhängig" mehr versteht als nur die Entscheidungs- oder Weisungsfreiheit [539], daß die Bindung an das Gesetz also nur ein Teil der Unabhängigkeit ist [540]. Mit Recht versteht Bettermann [541] unter sachlicher Unabhängigkeit auch die von ihm sogenannte Einmischungs- oder Handlungsfreiheit [542]. "Sie verbietet den Organen der ersten und zweiten Gewalt... Einmischung und Eingriffe" [543] in die Tätigkeit der dritten Gewalt. Diese Eingriffe könnten bestehen in Regelungen, die eine nachträgliche Einwirkung der Organe der anderen Gewalten auf Richtersprüche zuließen, ihnen zB die Aufhebung oder Abänderung seiner richterlichen Entscheidung gestatteten oder ihnen eine Genehmigungszuständigkeit verschafften. Auch die Freiheit von derartiger nachträglicher Beeinflussung ist der richterlichen Entscheidung nach Art. 97 I GG garantiert [544]. Aber trotzdem besteht ein grundlegender Unterschied der Einmischungsfreiheit zur Weisungsfreiheit. Diese betrifft das Zustandekommen der richterlichen Entscheidung selbst, sodaß man eine weisungsbeeinflußte Entscheidung nicht als richterliche ansehen kann; anders bei jener: dort ist bereits eine abgeschlossene richterliche Entscheidung vorhanden, es geht jetzt nur noch um deren Beständigkeit. Was für ein weiteres Schicksal diese Entscheidung nachträglich erfährt, das kann für ihre ursprüngliche Qualität als Gehör fordernde richterliche Entscheidung nicht mehr von Bedeutung sein [545].

---

538 Vgl Eichenberger 53 mit Anm 2.

539 Hierzu Bettermann aaO 531 ff; ebenso Knoll DÖV 54, 235.

540 Andere Bindungen können daraus nicht gerechtfertigt werden. Die Bindungen des Richters durch andere Richtersprüche, wie sie Bettermann aaO 536 ff aufzählt, sind sämtlich auch nur Folgen der Bindung an das Gesetz. Vor allem gibt es keine Bindung an Präjudizien. Das Wort "Gesetz" umfaßt allerdings auch außergesetzliches Recht; vgl Bachof, Grundgesetz und Richtermacht 9.

541 GR III 2, 542 ff; auch Bachof SJZ 49, Sp. 394.

542 Die Ausdrücke sind nicht ganz treffend. Abgesehen davon, daß es schwierig ist, bessere zu finden, - etwa Nachprüfungsfreiheit, Beseitigungsfreiheit, Unabänderlichkeit ist gemeint -, soll hier im Interesse der Übersichtlichkeit auf eine eigene Terminologie verzichtet werden; eine solche verwendet Eichenberger 43 (mit Anm 2) ff.

543 Bettermann aaO 542.

544 Vgl die Nachweise bei Bettermann aaO 542; auch Bachof SJZ 49, Sp. 389 und 394 sieht derartige Einwirkungsmöglichkeiten von Behörden auf Gerichtsentscheidungen als "mit der Stellung eines Gerichts grundsätzlich unvereinbar" an.

545 Dieser Unterschied wird in der Literatur teilweise nicht gemacht, wenn angenommen wird, die Nachprüfbarkeit und eventuelle Aufhebbarkeit eines ge-

Insoweit ist demnach Bettermann [546] zuzustimmen: Die Unabhängigkeit im Sinne dieser Einmischungsfreiheit ist kein Wesensmerkmal der richterlichen Qualität einer Entscheidung und eines Amtsträgers. Sie kommt dem Richter kraft des Art. 97 I GG zu, gegen sie verstoßende Gesetze sind verfassungswidrig, auf die Begriffsbestimmung des Richters hat sie keinen Einfluß, jedenfalls was Art. 103 I GG anlangt. Daß dies so sein muß, wird deutlich, wenn man sich die Umschreibung dieser Einmischungsfreiheit vergegenwärtigt. Die für sie charakteristische Unberührbarkeit durch die Exekutive kann gar nicht ohne Verwendung des Ausdrucks "nichtrichterliche Organe" oder ähnlich umschrieben werden; die Exekutivorgane können nur die weder gesetzgebenden noch richterlichen sein. Der Begriff des Richters wird also bereits vorausgesetzt.

Zu bemerken ist schließlich: Die Modifizierung der Verantwortlichkeit des Richters in ihren verschiedenen Arten [547] ist nur eine Folge der Unabhängigkeit, also auf keinen Fall ein Wesensmerkmal des Richters.

3. Das Merkmal der Behördentrennung

Auch für Art. 103 I GG gilt, daß Art. 20 II 2 GG die Trennung der drei Gewalten, auch in organisatorischer Hinsicht, vorschreibt. Daraus allein folgt nun zwar noch nicht, daß bei mangelnder Trennung die Gerichtsqualität einer Behörde entfallen müsse. Auch aus Art. 92 GG kann das nicht entnommen werden; denn hier ist ganz klar von der Rechtsprechung als einer Funktion [548], aber eben nicht der einzigen Funktion der dritten Gewalt die Rede. Entscheidend ist der Zusammenhang zwischen Behördentrennung und richterlicher Unabhängigkeit. Wo die organisatorische und personelle Trennung nicht einwandfrei durchgeführt ist, da ist mindestens die sachliche Unabhängigkeit, die Weisungsfreiheit, stark gefährdet und vor allem unbewußter, unkontrollierbarer Beeinträchtigung ausgesetzt. Deshalb genügt es nicht, wenn Gerichtsverfassungsgesetze neben der Unabhängigkeit die Trennung der Behörden vorschreiben [549]; sie muß auch vollzogen sein. Da sie tatsächliche Voraussetzung der Weisungsfreiheit ist, kann es ohne sie

---

richtlichen Aktes durch eine Verwaltungsbehörde nehme dem Akt den Charakter einer Entscheidung; so Bachof SJZ 49, Sp. 394; derselbe ZZP 65, 5; Kern, DÖV 54, 676; Dernedde DVBl 54, 22; Dürig, Anmerkung zu BGH NJW 53, 1298, NJW 53, 1467 f; VGH Stuttgart ESVGH 1, 1 f; VG Stuttgart DVBl 50, 88; unentschieden Knoll DÖV 54, 266. Umgekehrt ist hier jedoch die Nachprüfbarkeit als verfassungswidrig abzulehnen.

546 GR III 2, 635.

547 Vgl Bettermann aaO 575 ff.

548 Bachof ZZP 65, 4; Bettermann GR III 2, 632 und 876 f mwN; Ule DVBl 59, 537; derselbe, Anmerkung zu BVerwG JZ 58, 625, ebenda 628.

549 Vgl zB § 1 VwGO und dessen Vorgänger.

kein Gericht geben. Das ist auch in der Rechtsprechung und im Schrifttum anerkannt [550].

4. Weitere Merkmale?

Damit sind die beiden wesentlichen Merkmale für die Gerichtsqualität im Sinne des Art. 103 I GG genannt. Außer der Unabhängigkeit im dargelegten Umfang und der ihre Vorbedingung darstellenden Behördentrennung können keine weiteren Anforderungen an ein Gericht in diesem Sinne gestellt werden [551]. Alle sonst herausgestellten Erfordernisse sind zwar in der Regel vorhanden, ihr Fehlen beeinträchtigt die Gerichtsqualität aber nicht. Dies hat insbesondere für die folgenden Merkmale zu gelten.

a) Anforderungen an die Richter?

Die Anwendbarkeit des Art. 103 I GG scheitert nicht daran, daß in einem Spruchkörper Laienrichter mitwirken [552]. Allerdings muß der Vorsitzende wenigstens Berufsrichter sein; aber das ergibt sich aus der selbstverständlichen Notwendigkeit, daß das Gericht rechtskundig sein muß [553]. Wie die Berufsrichter ihre Rechtskenntnis erworben haben, ist für Art. 103 I GG gleichgültig; darüber entscheidet das jeweilige Gerichtsverfassungsgesetz [554]. Keine Unterschiede werden von Art. 103 I GG danach gemacht, ob ein Amtsträger Richter im Haupt- oder im Nebenamt ist; denn Art. 97 II 1 GG läßt auch das letztere ausnahmsweise zu [555].

b) Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens?

Oben [556] wurde schon gezeigt, daß die Gerichtsqualität nicht von der Ausgestaltung des Verfahrens, insbesondere nicht von der Gewährung des rechtlichen Gehörs abhängig ist. Auch ist keine Voraussetzung der Gerichtsqualität die Möglichkeit der Nachprüfung der Entscheidung durch eine weitere Instanz [557], sonst

---

550 BVerfGE 4, 346; BVerwGE 1, 4 (9); 8, 350 (354); BGH VRspr 8, 486 f; VGH München NJW 58, 1458; OVG Münster DVBl 51, 350 f; VG Stuttgart DVBl 50, 88; MD Art. 19 IV Rn 56; Holtkotten, BK Art. 92 Erl II 2 b und c; Bettermann GR III 2, 637 (von anderem Ausgangspunkt aus); derselbe DÖV 59, 765; Kern DRiZ 52, 127; derselbe DÖV 54, 676; Knoll DÖV 54, 233 f, 263 und 267 f; Dernedde DVBl 54, 20 f mwN; Ule, Verwaltungsprozeßrecht 97; aM Hans-J. Wolff NJW 51, 68.

551 So außer Baur AcP 153, 405 auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht 97.

552 Vgl Baur, Justizaufsicht 27 Anm 81.

553 Vgl Bachof, Grundgesetz und Richtermacht 33; Hans-J. Wolff NJW 51, 70; Kern DRiZ 52, 126; Knoll DÖV 54, 263 f.

554 Zusammenstellung bei Bettermann GR III 2, Anm 628.

555 Bettermann aaO 638 f; abweichend Kern DÖV 54, 676.

556 S. oben I 1 c, insbesondere Anm 514 f.

557 MD Art. 19 IV Rn 45; Kern DÖV 54, 676; Knoll DÖV 54, 264.

wären die letztinstanzlichen Gerichte keine Gerichte mehr.

c) Anforderungen an die Art der richterlichen Tätigkeit?

Schließlich wurde bereits oben [558] dargelegt, daß bisher nicht bewiesen werden konnte, Art. 103 I GG mache den Begriff des Gerichts von einem funktionellen Begriff der Rechtsprechung abhängig. Die Überschrift des IX. Abschnitts zum GG und Art. 92 GG lassen - wie gezeigt - einen weiteren Begriff des Gerichts zu. Von dort her besteht also kein Hindernis, für Art. 103 I GG positiv festzustellen, daß hier der Begriff tatsächlich weiter ist. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beruht auf dem Rechtsstaatsprinzip und der Menschenwürde. Diesen Grundsätzen ist bei der Auslegung des Art. 103 I GG stets Rechnung zu tragen. Beide Grundsätze beherrschen die ganze Rechtsordnung, also auch das gerichtliche Verfahren im weitesten Sinne. Die abgrenzenden Worte "vor Gericht" in Art. 103 I GG dürfen daher diese beiden Grundsätze in ihrer praktischen Wirksamkeit nur so weit beschränken, als dies Wortlaut und Sinn des Gesetzes unbedingt verlangen. Dabei kann beschränken zwar nicht heißen: ausschalten, wohl aber: der durch Art. 103 I GG und § 90 BVerfGG gegebenen Stütze berauben. Eine positive Forderung der Beschränkung des Gerichtsbegriffs speziell durch einen Begriff der Rechtsprechung enthält aber Art. 103 I GG weder seinem Wortlaut noch seinem Sinn nach. Auch aus anderen Bestimmungen des GG, insbesondere aus Art. 92 GG, ergibt sich eine derartige Einengung des Geltungsbereichs des rechtlichen Gehörs nicht. Daraus folgt, daß es für Art. 103 I GG gleichgültig ist, ob das Gericht materiell (funktionell) verwaltend oder rechtsprechend tätig ist. Auf den Begriff der Rechtsprechung kommt es also in diesem Zusammenhang gar nicht an.

Von dem Grundsatz, daß Art. 103 I GG auf die Verwaltungstätigkeit des Richters Anwendung findet, muß allerdings eine Ausnahme für die sogenannten Justizverwaltungssachen gemacht werden. Hierunter sollen Aufgaben verstanden werden, für deren Erledigung nicht ein aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehender Spruchkörper des Gerichts, sondern der Vorstand der Gerichtsbehörde, zB der Landgerichtspräsident, zuständig und dabei von Weisungen nicht unabhängig ist [559]; Beispiele bilden die Rechtsberatungserlaubnis, Befreiungen von bestimmten Eheverboten [560]. Aber hier versagt Art. 103 I GG nicht deshalb, weil es sich um Verwaltung im materiellen Sinn handelt, sondern weil es an der richterlichen Unabhängigkeit mangelt. Dann ist der Begriff des Gerichts nicht erfüllt. Die Einschränkung folgt also bereits aus den bisherigen Feststellungen. Ist

---

558 S. oben I 1 b, insbesondere Anm 505.

559 So auch Rosenberg 31 f; Ule, Verwaltungsprozeßrecht 97 f; Forsthoff, Lehrbuch 96; Hans-J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. München und Berlin 1959, 70.

560 Vgl BVerwGE 10, 340 (341).

dagegen für bestimmte Verwaltungsakte auf dem Gebiete des Justizrechts ein Zivil- oder Strafsenat des Oberlandesgerichts (oder ein anderer Spruchkörper) zuständig [561], dann ist wegen dessen unabhängiger Entscheidung auch rechtliches Gehör zu geben.

5. Ergebnis

Damit ergibt sich, wenn man einmal die Einrichtung der Laienrichter unberücksichtigt läßt - was hier unschädlich ist -, für die Zwecke des Art. 103 I GG folgende Definition: Gericht im Sinne von Art. 103 I GG ist jeder Spruchkörper [561a] einer organisatorisch selbständigen staatlichen Behörde, der mit weisungsfreien und nach dem jeweiligen Gerichtsverfassungsgesetz im Regelfall auch persönlich unabhängigen rechtskundigen Amtsträgern, den Richtern, besetzt ist [562]. Einer solchen Institution kommt dann gemäß Art. 97 I GG auch Unabhängigkeit im Sinne der Einmischungsfreiheit zu, ihre Entscheidungen sind also für Verwaltungsbehörden unüberprüfbar; eine solche Institution hat nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu verfahren, insbesondere nach Art. 103 I GG rechtliches Gehör zu gewähren [563].

---

561 Vgl Forsthoff, Lehrbuch 97.

561a Im Sinne der Ausführungen oben 4 c aE zu Anm 559.

562 Daher besteht kein Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG vor den Parlamenten und parlamentarischen Untersuchungsausschüssen; so auch MD Art. 103 Rn 84; aM Hamann, Kommentar 423.

563 Anders sieht Eichenberger 245 f den Zusammenhang zwischen Unabhängigkeit und rechtlichem Gehör; nach ihm gehört der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu den "Voraussetzungen, die dem Richter Unbeteiligtheit gewähren"; das rechtliche Gehör sei Sicherung der Unabhängigkeit; es sei der einzige Prozeßgrundsatz, der ohne Schaden für die Unabhängigkeit verwirklicht werden könne. Für Art. 103 I GG kann jedoch diese Vertauschung von Ursache und Wirkung nicht gelten.

§ 9

Das Gehör fordernde Verfahren

I Die Fragestellung

Bisher wurde versucht, das Gericht als die "Stelle" näher zu bestimmen, die rechtliches Gehör zu gewähren hat. Nach dieser "statischen" Untersuchung ist jetzt zu fragen, wann das Gericht dieses Recht achten muß. Es geht also wieder um die Worte "vor Gericht", aber diesmal um den durch Art. 103 I GG verpflichteten Staat in "Aktion". Ebenso kann man sagen: es geht um das Merkmal des Verfahrens, denn "vor Gericht" heißt nichts anderes als "im gerichtlichen Verfahren".

Der Zivilprozeß mag das Problem beispielhaft verdeutlichen. Vom Augenblick an, da der Gläubiger durch Erhebung der Klage (§ 253 ZPO) zum Kläger geworden ist, vielleicht unter gleichzeitiger oder sogar vorheriger Stellung eines Armenrechtsgesuchs, bis zu dem Zeitpunkt, wo ihm das Vollstreckungsgericht endgültig zu seinem Recht verhilft, zB durch Überweisung einer Forderung an Zahlungs Statt (§ 835 ZPO), durch Beschlüsse über eine andere Art der Verwertung (§§ 825, 844 ZPO) usw, durchläuft dieselbe Rechtsangelegenheit meist viele Verfahrensabschnitte, die sich vor verschiedenen Gerichten abspielen können, nämlich vor allem vor Prozeßgerichten aller Instanzen, Vollstreckungsgerichten, Rechtshilfegerichten, über Vorlagebeschlüsse entscheidenden Gerichten, in sonstigen Zwischenverfahren tätigen Gerichten (zB nach §§ 36, 37 ZPO, 13a, 14, 15, 19 StPO, 53 VwGO). Die Aufgabe besteht nun darin, den- oder diejenigen Abschnitte des gesamten Verfahrensablaufs herauszuschälen, die in Art. 103 I GG gemeint sind, und davon eventuell andere Abschnitte zu trennen, die, obwohl sie vor Gericht ablaufen, doch kein rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG verlangen.

Zur Lösung dieser Frage ist vom Ursprung und Sinn des rechtlichen Gehörs auszugehen. Dieser wurde darin gesehen, daß Art. 103 I GG die Herabwürdigung des Menschen zum Objekt speziell für das gerichtliche Verfahren verbietet. Er will dem einzelnen die Möglichkeit sichern, auf das Verfahren Einfluß nehmen zu können und ihn dadurch vor der Gefahr schützen, durch die bevorstehende Entscheidung übergangen werden zu können. Auf die ihn abschließende richterliche Entscheidung strebt jeder Verfahrensabschnitt zu. Sein Zweck besteht darin, die Entscheidung zu ermöglichen. Deshalb ist auch Art. 103 I GG nicht um des Verfahrens, sondern um der jeweiligen Entscheidung willen da. Dies wird in § 62 SGG deutlich[564]. Um festzustellen, wann rechtliches Gehör gewährt werden

---

564 Er lautet: Vor jeder Entscheidung ist den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren....

muß, gilt es also, die gerichtlichen Entscheidungen näher zu betrachten.

II Die möglicherweise beschwerende Entscheidung

1. Die Möglichkeit der Beschwer als Voraussetzung des Rechts auf Gehör

a) Die Begründung

Auszugehen ist vom Prozeßrecht. Dieses versteht unter Entscheidungen die Urteile, Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts oder seines Vorsitzenden[565]. Darunter fallen nicht nur die sachlichen, sondern auch die rein verfahrensrechtlichen Anordnungen aller Art. Es ist nun nicht der Sinn des Art. 103 I GG, stets vor Erlaß sämtlicher Entscheidungen auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu verlangen. Art. 103 I GG ist ein Schutzrecht der Beteiligten. Er will nicht eingreifen, wenn es ihnen gleichgültig sein kann, ob eine Entscheidung ergeht und welchen Inhalt sie hat, ob zB die Trennung oder Verbindung mehrerer Prozesse angeordnet wird oder nicht. Er will vielmehr nur dort eingreifen, wo die Beteiligten ein berechtigtes Interesse am Inhalt einer Entscheidung haben können. Dies ist da anzunehmen, wo die Möglichkeit besteht, daß die bevorstehende Entscheidung beschwerend wirken kann. Hier muß die Chance gegeben sein, sich vorher zu wehren; das entspricht der Unrechtsabwehrtendenz und dem Sinn des Rechtes auf rechtliches Gehör, eine Einflußnahme auf das Verfahren zu sichern, damit die Subjektstellung des Beteiligten gewahrt werde.

b) Hinweise in Schrifttum und Rechtsprechung

Die Bedeutung der Beschwer für Art. 103 I GG ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung zwar schon häufig erkannt worden; aber die Bezugnahme auf den Begriff der Beschwer geschieht dort mehr zufällig und beiläufig und stets im Hinblick auf Einzelfälle. Zu wenig wurde bisher beachtet, daß es sich hier um eine allgemeine Voraussetzung für das Recht auf rechtliches Gehör handelt, die sich unmittelbar aus dessen Ursprung und Sinn ergibt.

So klingt der Zusammenhang zwischen Beschwer und Anspruch auf rechtliches Gehör bereits bei Prager[566] an, wenn er annimmt, rechtliches Gehör sei gewohnheitsrechtlich in allen Zivilprozeßverfahren obligatorisch, die auf Parteiantrag eingeleitet werden. Denn werden Anträge gestellt, so besteht die Möglichkeit, daß ihnen nicht entsprochen wird, woraus dann die Beschwer folgt. Bei Baur[567] heißt es, das rechtliche Gehör müsse den Personen gewährt werden, die

---

565 Rosenberg 237; Lent, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. München und Berlin 1959, 161; Baumbach-Lauterbach, Übers 1 vor § 300.

566 AcP 133, 171 ff.

567 AcP 153, 395.

"in ihrer Rechtsstellung durch die zu erwartende gerichtliche Entscheidung beeinträchtigt werden können", und Röhl[568] schreibt einmal, rechtliches Gehör brauche nur dem gewährt werden, der durch die Entscheidung beschwert würde.

Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden sich Hinweise. So hat das Gericht einmal ausgesprochen, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen bestehe, sofern nicht den Anträgen des Beteiligten stattgegeben werde[569]. Ein anderes Mal hat das Gericht die Pflicht zur Anhörung deshalb bejaht, weil die Entscheidung in die Rechtsstellung der Beteiligten eingreife[570], oder schließlich rechtliches Gehör verlangt, wenn zuungunsten eines Beteiligten entschieden werden soll[571]. Überall handelt es sich um Kriterien der Beschwer. Das Bundesverwaltungsgericht[572] sieht das rechtliche Gehör als verletzt an, wenn vor beschwerenden Eingriffen der Betroffene nicht gehört wird, und auch andere Gerichte lassen den Begriff der Beschwer anklingen[573].

Gegenüber diesen Äußerungen ist allerdings festzustellen, daß für die Bejahung des Anspruchs bereits die Möglichkeit einer Beschwer ausreicht; das Bestehen des Anspruchs hängt nicht davon ab, daß tatsächlich eine beschwerende Entscheidung ergeht, denn das rechtliche Gehör muß ja schon vorher ausgeübt werden können. Es kommt überhaupt nicht auf den Einzelfall und seine materiellrechtlichen Besonderheiten an. Es ist also nicht zu prüfen, wie die Prozeßchancen stehen, um daraufhin die Möglichkeit einer Beschwer dann zu bejahen, wenn der Fall nicht eindeutig zugunsten des betreffenden Beteiligten zu entscheiden ist. Vielmehr ist völlig abstrakt nach der Eigenart des jeweiligen Verfahrensabschnitts und der Art der bevorstehenden gerichtlichen Maßnahme festzustellen, ob sich diese beschwerend auswirken kann. Wollte man sich nicht hierauf beschränken, so wäre die Folge, daß das Gericht die materielle Rechtslage schon beurteilen müßte, bevor es überhaupt fähig wäre, sie richtig zu beurteilen, weil vor Gewährung des rechtlichen Gehörs der Prozeßstoff noch gar nicht vollständig zu sein braucht[574]. Jedenfalls kann erst unmittelbar vor der Entscheidung überschaut werden, ob im konkreten Fall eine Beschwer eintreten wird. Dann wäre die Anhörung nur noch unter Verzögerung des Verfahrens möglich.

Steht schon vor der Anhörung von vornherein auf Grund besonderer Umstände fest, wie zu entscheiden ist, so gilt folgendes: Ausnahmsweise erübrigt sich das rechtliche Gehör für denjenigen, dessen Antrag entsprochen werden muß, da hier

---

568 NJW 53, 1533.
569 BVerfGE 6, 12 (14).
570 BVerfGE 8, 253 (255 f).
571 BVerfGE 7, 95 (98).
572 BVerwG DVBl 59, 777 und BVerwG vom 17. 10. 58 - VII B 18/58 -.
573 Vgl BDHE 1, 171; BayObLGSt 5 (1955), 140 f; KG NJW 54, 1410.
574 Vgl Löwe 396.

keine Beschwer in Betracht kommt. Den Gegner, zu dessen Nachteil die Entscheidung ausschlägt, nicht zu hören[575], erscheint bedenklich, da noch gar nicht offen liegt, was er zu sagen hat und damit gegen den Sinn des Art. 103 I GG als eines Schutzrechtes verstoßen würde. Unter Umständen ist auch der voraussichtlich Erfolgreiche zu hören, nämlich wenn der Rechtsbehelf des Gegners nur prozessual, nicht sachlich, verworfen wird und die Wirkung einer Sachabweisung größer gewesen wäre. Dann liegt auch hier eine Beschwer vor[576].

2. Die Berechtigung der Heranziehung des prozeßrechtlichen Begriffs der Beschwer

Im Verfahrensrecht hat der Begriff der Beschwer seine Bedeutung nur im Zusammenhang mit den Rechtsbehelfen, insbesondere den Rechtsmitteln. Hier bei Art. 103 I GG soll er aber mit vielfältigen gerichtlichen Maßnahmen in Verbindung gebracht werden, um ihre Qualität als Gehör fordernde Entscheidungen festzustellen, gleichgültig, ob sie für den Beteiligten angreifbar sind oder nicht. Diese Verschiedenartigkeit des Zusammenhangs, in dem der Begriff der Beschwer das eine und das andere Mal steht, scheint es zu verbieten, ihn für Art. 103 I GG in so weitem Umfang zu verwenden. Macht man sich jedoch klar, daß die Rechtsmittel - soweit sie im Individualinteresse bestehen - eine besonders ausgeprägte Möglichkeit für den Beteiligten sind, seiner Auffassung zum Erfolg zu verhelfen, so zeigt sich, daß sie insofern geradezu der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs dienen, indem sie dessen Fortsetzung in der nächsten Instanz in Aussicht stellen. Wenn aber dieses fortgesetzte Gehör (in der weiteren Instanz) nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung nur bei Vorliegen einer Beschwer ermöglicht werden soll, dann muß es einleuchten, daß auch für das demselben Zweck dienende ursprüngliche rechtliche Gehör nur Veranlassung besteht, wenn eine Beschwer droht. Schließlich besteht trotz der Anknüpfung an den Begriff der Beschwer noch kein Zwang, ihn hier bei Art. 103 I GG in genau demselben Sinn zu gebrauchen wie im Prozeßrecht. Dieses kann aber zur Klärung des Begriffs herangezogen werden.

3. Der Begriff der Beschwer im Prozeßrecht

a) Sichere Erkennungsmerkmale?

Die Möglichkeit einer Beschwer kann sicher erkannt werden, wenn das Gesetz

---

575 Diese Meinung ist in BVerfGE 8, 253(256) angedeutet.

576 Die insoweit entgegengesetzte Ansicht von Herminghausen, Zur Anhörung des Beschwerdegegners im landwirtschaftsgerichtlichen Verfahren, RdL 55, 209(210), überzeugt nicht; die Argumentation mit Kostengesichtspunkten fällt gegenüber Art. 103 I GG und der Möglichkeit einer Beschwer nicht ins Gewicht.

dem Beteiligten einen Rechtsbehelf gegen eine gerichtliche Maßnahme zur Verfügung stellt; dann verlangt es ja gleichzeitig das Vorliegen einer Beschwer, wenn der Rechtsbehelf im Einzelfall zulässig sein soll. Es geht also davon aus, daß die angreifbare Entscheidung belastend wirken kann. Da es aber letztinstanzliche Entscheidungen gibt, kann die Rechtsbehelfsmöglichkeit nicht das ausschließliche Kriterium für die Beschwer sein. Denn auch diese Entscheidungen können beschweren und erfordern dann um so mehr rechtliches Gehör. Aber andererseits läßt sich daraus nicht folgern, daß deshalb alle irreparablen gerichtlichen Maßnahmen nur nach Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen dürften [577]. Denn auch bei diesen kommt es stets darauf an, ob sie belastende Wirkung haben können. Es gibt also keine ausreichenden sicheren Erkennungsmerkmale; der Begriff der Beschwer muß daher selbst geklärt werden.

b) Die verschiedenen Begriffe der Beschwer im Prozeßrecht

Betrachtet man den Begriff der Beschwer im Prozeßrecht, so stellt man fest, daß er dort nicht einheitlich zu bestimmen ist, wohl, weil er schließlich auf das jeweilige materielle Recht zurückführt [578]. Aus dem Zivilprozeß, für den er zunächst entwickelt wurde [579], ist er für die anderen Verfahrensarten [580] übernommen worden. Es muß hier genügen, die für das Zivilprozeßrecht vertretenen Auffassungen in der gebotenen Kürze darzustellen. Anschließend sind andere Verfahrensarten dann noch insoweit zu betrachten, als sie davon abweichen [581].

aa) Zivilprozeß

Für den Zivilprozeß gilt folgender Grundsatz: Die Beschwer ergibt sich aus einem Vergleich zwischen dem rechtskraftfähigen Inhalt der Entscheidung und der vom Rechtsmittelkläger in der unteren Instanz vertretenen und namentlich in seinen Anträgen aufgestellten Rechtsbehauptung. Die Beschwer liegt also dann vor, wenn die Entscheidung dem Rechtsmittelkläger etwas versagt hat, was er beantragt hatte [582].

---

577 Das darf wohl trotz mißverständlichen Wortlauts auch nicht aus BVerfGE 8, 253 (255) entnommen werden.

578 Vgl Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, Vorbem vor § 296 Rn 14.

579 Hierzu besonders Baur, Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, 1 ff.

580 Auch wenn er keine ausdrückliche Regelung gefunden hat, gehört er ihnen an.

581 Für die Arbeitsgerichtsbarkeit gilt dasselbe wie für den ordentlichen Zivilprozeß. Ebenso folgen die Verfahren vor den Finanz- und Sozialgerichten hier dem allgemeinen Verwaltungsgerichtsprozeß und das Disziplinarverfahren dem Strafprozeß.

582 Rosenberg 660 f; Lent, Zivilprozeßrecht 200; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1956, 374; Baur, Lent-Fest-

Demgegenüber sieht der Bundesgerichtshof[583] unter vereinzelter Zustimmung im Schrifttum[584] für den Beklagten der unteren Instanz eine Beschwer schon dann als gegeben an, wenn das Urteil ihm nach seinem Inhalt ungünstig ist, wenn es also seine Rechtsstellung verschlechtert, ohne daß es auf die vom Beklagten gestellten Anträge ankommen soll. Außer der an den Anträgen gemessenen formellen Beschwer soll hier also auch eine bloß materielle genügen. Baur[585] hat jedoch gezeigt, daß dies nicht richtig sein kann, wenn man von dem Grundgedanken ausgeht, der das Erfordernis einer Beschwer überhaupt rechtfertigt: Was die Partei vorher nicht angestrebt hatte, das soll sie nachher auch nicht durch Eröffnung einer weiteren Instanz erreichen können. Auch in der übrigen Lehre ist die Ansicht des Bundesgerichtshofs überwiegend auf Ablehnung gestoßen[586], wobei insbesondere auf die sonst ungleiche Behandlung der beiden Parteien[587], auf die Gefahr einer Entwertung des ersten Rechtszuges und einer Verlängerung des Rechtsstreits[588] hingewiesen worden ist. Im übrigen braucht zu der Streitfrage nicht abschließend Stellung genommen werden. Es kommt hier nur darauf an, die verschiedenen Auffassungen von der Beschwer darzulegen und daraus für die Auslegung des Art. 103 I GG gegebenenfalls einen Nutzen zu ziehen. Welche Art der Beschwer hier maßgeblich ist, richtet sich nach dem Sinn des rechtlichen Gehörs.

Auch Baur[589] gelangt jedoch - insoweit in Annäherung an den Bundesgerichtshof - dazu, die Beschwer im materiellen Sinne dann für entscheidend zu halten, wenn eine Anknüpfung an den formellen Begriff gar nicht möglich ist. Beispiele[590] finden sich in der ZPO besonders dann, wenn ein Dritter betroffen ist oder wenn die Entscheidung eine Partei beeinträchtigt hat, es aber an einem vorherigen Antrag fehlt oder dieser nach dem Gesetz keinen Einfluß auf

---

schrift 11 f; Baumbach-Lauterbach, Grundz 3 A vor § 511; Wieczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, Bd. III Berlin 1957, § 511 Anm B II c; BGHZ 13, 81 (hierzu Nicolini, Die Beschwer des Rechtsmittelklägers, NJW 55, 615).

583 JZ 53, 276; JZ 55, 423; im Anschluß an RGZ 106, 122; 115, 86.

584 Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 511 Anm II; Ascher, Die Beschwer des Rechtsmittelklägers als Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, MDR 53, 584 f; vgl auch Nicolini NJW 55, 616.

585 Lent-Festschrift 12.

586 Vor allem schon Lent, Anmerkungen zu den oben in Anm 583 zitierten BGH-Entscheidungen, JZ 53, 276 und JZ 55, 425; weiter Rosenberg, Schönke-Schröder-Niese, Baumbach-Lauterbach wie oben in Anm 582.

587 Lent, Zivilprozeßrecht 200.

588 Baumbach-Lauterbach, Grundz 3 A vor § 511.

589 Lent-Festschrift 14.

590 Vgl Baur aaO.

das Verfahren erlangen konnte, weil von Amts wegen zu entscheiden war. In diesen Fällen bleibt keine andere Möglichkeit als die, auf eine durch die Entscheidung hervorgerufene Verschlechterung der Rechtsstellung der Partei abzustellen.

bb) Verwaltungsgerichtsprozeß

Betrachtet man die Literatur zum Verwaltungsgerichtsprozeß, so stellt man fest, daß hier die für den Zivilprozeß wiedergegebene Lehre ebenfalls die herrschende ist. Auch hier gilt demnach: Der Rechtsmittelkläger ist beschwert, wenn ihm etwas versagt wurde, was er beantragt hatte [591].

cc) Strafprozeß

Im Strafprozeß kann es demgegenüber nicht auf den Vergleich zu den Anträgen ankommen, da dort der Beschuldigte [592] in der Regel keine Anträge zu stellen hat. Daher muß der Begriff der Beschwer dort materiell verstanden werden. Ohne auf den Gegensatz zwischen formeller und materieller Beschwer einzugehen [593], wird die Beschwer übereinstimmend materiell verstanden. Ob eine Beschwer vorliegt, hängt danach von der materiellen Wirkung der Entscheidung ab [594], oder, wie auch gelehrt wird, davon, ob die Entscheidung zuungunsten des Beschuldigten ergangen ist [595], ob sie ihn in seinen Rechten unmittelbar betroffen hat [596].

dd) Freiwillige Gerichtsbarkeit

Ähnlich gilt auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich ein materieller Begriff der Beschwer. Dies ergibt sich bereits aus § 20 I FGG, der die Beschwerde für jeden eröffnet, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.

---

591 Eyermann-Fröhler, VwGO § 124 Rn 4; Redeker-v. Oertzen, VwGO, Kommentar, Münster 1960, § 124 Rn 5; Klinger, VwGO, Kommentar, Göttingen 1960, Anm V vor § 124; Koehler, VwGO, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1960, § 124 Anm VII 1; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I, 2. Halbband, Köln, Berlin 1960, § 124 Anm I 1; Ule, Verwaltungsprozeßrecht 176.

592 Die Besonderheiten in Bezug auf die Beschwer der Staatsanwaltschaft (ähnlich für die Landesanwaltschaft nach der VwGO) können hier unberücksichtigt bleiben, da es um das "jedermann" zustehende Recht geht.

593 Ausnahmsweise kommt es nach Kleinknecht-Müller, Vorbem 3 e vor § 296, auf die formelle Beschwer an, wenn Beschwerde gegen Beschlüsse oder Verfügungen eingelegt wird. Dies, weil hier Anträge in Frage kommen.

594 Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 296 Vorbem Rn 14, 17; Kleinknecht-Müller, Vorbem 3 vor § 296; Kern, Strafverfahrensrecht 198.

595 Peters, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952, 495.

596 Henkel, Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953, 421.

Eine formelle Beschwerung neben der materiellen Beeinträchtigung halten Schrifttum und Rechtsprechung grundsätzlich nicht für erforderlich [597]. Nur in den Fällen des § 20 II FGG, in denen der Verfahrensantrag rechtliche Voraussetzung für eine gerichtliche Entscheidung und der gestellte Sachantrag nicht nur unverbindlicher Vorschlag für die Entscheidung ist, ist eine formelle Beschwer wie im Zivilprozeß erforderlich [598].

ee) Ergebnis

Aus diesem Überblick, besonders aus der Rechtslage im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, kann als für den Zweck dieser Arbeit ausreichendes Ergebnis der Satz entnommen werden: Eine Beschwer liegt dann vor, wenn der gerichtliche Akt dem Betroffenen ungünstig ist, das heißt seine Rechtsstellung verschlechtert, und eine günstigere Entscheidung möglich gewesen wäre; bei Verfahren, in denen die Zulässigkeit einer Entscheidung vom Antrag eines Beteiligten abhängt, liegt sie dagegen für den Beteiligten vor, dessen Antrag der gerichtliche Akt nicht voll entspricht.

4. Der abgewandelte Begriff der Beschwer für Art. 103 I GG

Es fragt sich nun, ob dieses Ergebnis auch Geltung im Rahmen des Art. 103 I GG haben kann. Dies ist grundsätzlich zu bejahen; auch hier ist die Beschwer daran zu messen, ob von den Anträgen abgewichen oder die Rechtsstellung verschlechtert worden ist. Der Verfahrensbeteiligte kann vernünftigerweise nur dann Anlaß zu der Befürchtung haben, übergangen zu werden, wenn seine Rechtsstellung durch die Entscheidung beeinträchtigt werden kann. Nur wenn er drohendes Unrecht abwehren will, wird er ein Unterlassen der Anhörung als Degradierung zum Objekt werten können.

Daher ist, wenn nach der Notwendigkeit rechtlichen Gehörs im Einzelfall gefragt wird, zunächst immer zu prüfen, ob eine materielle Beschwer möglich ist. Ist dies der Fall, dann muß weiter unterschieden werden. Sieht das Gesetz kein Antragsverfahren vor und ist das Gericht durch einen Antrag daher nicht verpflichtet, tätig zu werden, sondern bildet dieser höchstens den Anlaß für ein Verfahren von Amts wegen, so bleibt es beim Kriterium der materiellen Beschwer. Ebenso ist die Rechtslage, wenn ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag

---

597 Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit 322; Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. München und Berlin 1958, 81; Keidel, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. München und Berlin 1959, § 20 Anm 3 aE; Jansen, FGG, Handkommentar, Berlin 1959, § 20 Anm 8; Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. Köln, Berlin 1956, § 20 Rn 7 mwN.

598 Baur aaO 323; Lent aaO 81; Jansen aaO § 20 Anm 8; aM Keidel aaO § 20 Anm 7; Schlegelberger aaO § 20 Rn 7.

eröffnet werden kann, ein Antrag aber nicht gestellt ist. Liegt dagegen hier ein Antrag vor oder kann sogar nur auf Antrag entschieden werden, so ist nicht nur nach der materiellen, sondern zusätzlich auch nach der formellen Beschwer zu fragen. Denn auch derjenige, dessen Anträgen entsprochen wird, kann nicht ernstlich einwenden, er sei mit seiner Meinung nicht gehört worden. Im kontradiktorischen Verfahren besteht schließlich die Möglichkeit, daß nur einer der Beteiligten einen Antrag gestellt hat und die Gegenpartei davon nichts weiß. Hier ist ihr Gelegenheit zu einem Gegenantrag zu geben und dann ebenfalls zusätzlich am Antrag zu entscheiden, ob eine Beschwer denkbar ist.

Von der für das Prozeßrecht festgestellten Rechtslage ist also insofern eine Abweichung geboten, als im Antragsverfahren die Beschwer nicht - wie dort - allein durch Vergleich des Antrags mit der Entscheidung ermittelt werden kann, sondern daß stets auch die materielle Beschwer berücksichtigt werden muß.

Die somit gefundene Antwort auf die Frage, wann eine Entscheidung rechtliches Gehör verlangt, mag in einer Hinsicht nicht recht befriedigen: Denn während sich die formelle Beschwer leicht feststellen läßt, werden sich bei der Prüfung der materiellen Beschwer oft Schwierigkeiten ergeben. Ob eine Entscheidung die Rechtsstellung des Beteiligten verschlechtert, ob sie ihm ungünstig ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Diese Schwierigkeit taucht jedoch im Rechtsmittelverfahren auch auf, sie ist nicht zu vermeiden. Sie ist darin begründet, daß es so viele und so unvergleichbare Entscheidungen gibt, für die ein allgemein passendes Schema der materiellen Beschwer nicht gefunden werden kann. Trotzdem kann auf diese als Voraussetzung des rechtlichen Gehörs nicht verzichtet werden, wenn das Grundrecht nicht zu einem völlig formalen Recht vor jeder denkbaren Entscheidung ausgedehnt und damit entwertet werden soll.

5. Die wesentliche Auswirkung der Verwendung des Merkmals der Beschwer

a) Bedeutsame Erweiterung des Kreises der Gehör fordernden Entscheidungen

Das Erfordernis der Beschwer dient also dazu, den Kreis der eine Anhörung voraussetzenden Entscheidungen einzuschränken. Es hat aber umgekehrt auch zur Folge, daß dieser Kreis beträchtlich weiter ist, als das bisher im Schrifttum und in der Rechtsprechung gesehen wird [599]. Während nämlich im allgemeinen [600]

---

599 Vgl zB die Kommentierung des Art. 103 I GG bei MD; besonders eng Schütz NJW 61, 583, der das Hauptanwendungsgebiet im Strafverfahren sieht und auch dort noch Einschränkungen machen will, soweit keine mündliche Verhandlung vorgesehen ist (aaO 585).

600 Hamann AnwBl 58, 145 f zieht den Kreis der Gehör fordernden Entscheidungen weiter. Er definiert: "Zum 'Verfahren' ist jede Tätigkeit eines Gerichts zu zählen, die seiner konkreten Entscheidung zugeordnet ist. Justizverwal-

das rechtliche Gehör nur auf Entscheidungen des Gerichts bezogen wird, die das gesamte Verfahren, die Hauptsache, erledigen, allenfalls noch auf sachliche Vorentscheidungen wie zB das Grundurteil nach § 304 ZPO, ergibt sich diese Einschränkung nicht, wenn man die Möglichkeit einer Beschwer für ausschlaggebend hält. Denn auch verfahrensrechtliche Entscheidungen können beschweren. Auch für sie gilt dann Art. 103 I GG. Er ist eine Norm für den ganzen Verfahrensablauf, nicht nur für die sachlich-rechtlichen Entscheidungen des Erkenntnisverfahrens oder entsprechender Verfahren. Auch wenn insoweit dem Recht des Betroffenen entsprochen wird, kann er nicht den Eindruck gewinnen, als Prozeßsubjekt behandelt zu werden, wenn auf dem Weg, der zur Entscheidung der Hauptsache führt, über seinen Kopf hinweg verhandelt wird. Der Sinn und Zweck des Art. 103 I GG besteht aber darin, dem Beteiligten ein faires Verfahren zuzusichern, ohne daß es dabei stets schon um sachliche Fragen gehen müßte.

b) Gründe für die engere herrschende Auffassung

Wenn dies im Schrifttum bezüglich der meisten der nicht zur Hauptsache ergehenden Entscheidungen bisher zu wenig Beachtung gefunden hat, so ist dafür besonders folgender Grund ersichtlich: Oft lassen die gesetzliche Verfahrensgestaltung und der konkrete Verfahrensablauf die Frage nach der Notwendigkeit des rechtlichen Gehörs gar nicht aufkommen. Wenn eine Entscheidung nur auf Antrag erlassen werden kann, so hat der Antragsteller bereits die Möglichkeit, im Antrag und seiner Begründung das rechtliche Gehör wahrzunehmen, sodaß es ihm insoweit vom Gericht nicht mehr besonders gewährt werden muß. Ist er zudem der einzige Verfahrensbeteiligte, so kommt eine Stellungnahme zum Vorbringen anderer nicht in Betracht, die Frage nach dem Gehör des Gegners stellt sich nicht. Ergibt sich keine Notwendigkeit zur Erhebung eines Beweises, so hat auch insoweit das Gericht nach Art. 103 I GG keine besonderen Pflichten mehr. Auch wenn mehrere Beteiligte vorhanden sind, wird die Frage nach dem rechtlichen Gehör nicht akut, wenn die mündliche Verhandlung das gegnerische Vorbringen offenlegt. Die Zahl der Fälle, in denen Zweifel auf-

---

tung sowie bloße Erschließung allgemeiner Erkenntnisquellen scheidet aus." Hamann rechnet dann zu Recht auch die Prozeßleitung im weitesten Sinne, die Tatsachenermittlung und die Hauptentscheidung zum Verfahren. Schließlich zählt er auch die Vollstreckung dazu, soweit sie in der Hand des Richters liegt, "allerdings mit der durch die Rechtskraft der Entscheidung bedingten Einschränkung". Leider vermißt man die Begründung dieser richtigen Ansicht. Vgl auch Hamann, Kommentar 422, wo allgemein vor Zwischenentscheidungen rechtliches Gehör verlangt wird. - In diese Richtung weist auch BGH JZ 61, 61 (rechtliches Gehör vor Erlaß des Eröffnungsbeschlusses); vgl auch v. Winterfeld NJW 61, 852; zur Rechtsprechung des BVerfG s. unten Anm 609.

tauchen können, ist damit beträchtlich zusammengeschrumpft, das Problem wird verdunkelt [601].

c) Beispielsfälle für die Erweiterung des Kreises der Gehör fordernden Entscheidungen

Trotzdem ergeben sich noch zahlreiche Auswirkungen. Für alle gerichtlichen Entscheidungen zu prüfen, ob sie beschwerend wirken können, kann nicht der Sinn dieser Arbeit sein; denn bei der Vielzahl der gerichtlichen Verfahrensordnungen [602] käme man ins Uferlose. Es seien nur beispielsweise aus dem Zivilprozeß eine Anzahl von Verfahrenslagen angedeutet, die eine Prüfung, ob ein Recht auf Anhörung besteht, angebracht erscheinen lassen. So dürfte die Möglichkeit einer Beschwer für bestimmte Zwischenurteile (zB §§ 275, 304 ZPO), für Verwerfungsbeschlüsse (§§ 519 b, 554 a ZPO), für Kostenbeschlüsse (§§ 91 a, 271 III, 515 III 2 ZPO), für Entmündigungsbeschlüsse (§§ 645, 680 ZPO) selbstverständlich anzuerkennen sein. Aber auch andere Entscheidungen können möglicherweise beschweren und Gehör verlangen, zB Entscheidungen über das Armenrecht [603], über die Beiordnung eines Anwalts, über die Kostenfestsetzung, über Richterablehnungsgesuche [604], über die Wiedereinsetzung, über die Verweisung, über die Zurückweisung von Angriffsmitteln, über die Zulassung der Klagände-

---

601 Die der Hauptentscheidung vorausgehenden, meist prozeßleitenden, Entscheidungen werden in Schrifttum und Rechtsprechung dagegen unter einem anderen Gesichtspunkt beachtet: Durch eine prozeßleitende Entscheidung kann das rechtliche Gehör zur Hauptsache verletzt werden, etwa durch die Ablehnung einer Vertagung. Vgl hierzu etwa MD Art. 103 Rn 61 aE, 67-70; Baumbach-Lauterbach, § 548 Anm 1b, unter Hinweis auf RGZ 81, 321; 83, 2; vgl weiter BGHZ 27, 163 (164, 169); BGH MDR 58, 588; BSGE 1, 277; 1, 280; BVerwG NJW 61, 892; BVerfGE 7, 53 (55); ablehnend Röhl NJW 53, 1534 unter Bezugnahme auf BVerfG vom 10.2.53 - 1 BvR 281/51 -. Unklar bleibt, ob die Äußerung von Arndt, NJW 59, 1298, auch hier einzuordnen ist oder ob Arndt wirklich das vor Entscheidung über den Beweisantrag zu gewährende rechtliche Gehör meint, wenn er schreibt: "Auch die Ablehnung eines Beweisantrags kann Art. 103 I GG verletzen... Verfassungsrechtlich ist maßgeblich,... wie es (das Gericht) den Beteiligten behandelte, dh ob es sein Einflußrecht achtete."

602 Dazu gehören nicht nur BVerfGG, ZPO, ZVG, VerglO, KO, ArbGG, StPO, JGG, VwGO, SGG, AO, FGG, GBO, sondern auch noch eine Vielzahl von Gesetzen mit teils verfahrensrechtlichem Inhalt, wie zB das Verschollenheitsgesetz, das Mieterschutzgesetz, das Wohnungseigentumsgesetz, das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen usw.

603 Bestritten von Löwe 335 f.

604 Anders Löwe 337 f.

rung, weiter auch Entscheidungen zum Prozeßfortgang[605], zB über die Bestimmung und Änderung von Terminen und Fristen, über die Aussetzung, Trennung und Verbindung von Verfahren, ferner Entscheidungen im Beweisverfahren, Entscheidungen über die Berichtigung des Tatbestandes, schließlich auch Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren[606] sowie im Arrestverfahren[607]. Angemerkt werden soll nur, daß auch Entscheidungen gegen nicht unmittelbar beteiligte Dritte unter Umständen beschwerend wirken, so zB die nach §§ 102[608], 380, 409, 411, 619 III, 658 II ZPO. Damit dürfte klar geworden sein, wie vielfältig der Geltungsbereich des Art. 103 I GG wird, wenn man auf die Möglichkeit einer Beschwer abstellt[609].

III Die nicht nur vom Willen des Betroffenen abhängige Entscheidung

1. Die Begründung

Das Merkmal der Möglichkeit einer Beschwer kann jedoch noch nicht genügend klären, wann eine Entscheidung rechtliches Gehör voraussetzt; Dieses kann nur erforderlich sein, wenn die Entscheidung in ihrer Wirksamkeit und in ihrem Bestand nicht nur vom Willen des Betroffenen abhängig ist. Dieser darf es also nicht in der Hand haben, durch eine bloße prozessuale Erklärung, etwa die Einlegung eines Rechtsbehelfs, die Entscheidung zu beseitigen und das ganze vorhergegangene Verfahren noch einmal aufzurollen, ohne daß es der Mitwirkung des Gerichts bedürfte, um diese Folge herbeizuführen. Eröffnet das Gesetz diese Möglichkeit, so entfällt damit gleichzeitig das Erfordernis rechtlichen Gehörs, welches der Betroffene sich ja stets auf die angezeigte Art verschaffen kann. Denn auch in diesen Fällen ist es nicht denkbar, daß der Beteiligte übergangen wird. Allein seine Willenserklärung stellt die Ausgangssituation wieder

---

605 Bestritten von Löwe 339 f; vgl aber auch RGSt 1, 50 und 69, 401.

606 BVerfGE 6, 300 (304 f) darf nicht so aufgefaßt werden, als ob im Zwangsvollstreckungsverfahren nie rechtliches Gehör zu geben sei. Differenzierend auch Löwe 327 ff und Rosenberg 955.

607 Anders Löwe 332 f.

608 Vgl BVerwG MDR 58, 541.

609 Da es sich bei den angeführten Entscheidungen meist um Zwischenentscheidungen handelt, erhebt sich wegen § 90 II BVerfGG bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs die Frage, ob dann die Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Das BVerfG hat hierzu bereits differenzierende Grundsätze herausgearbeitet; vgl BVerfGE 1, 9 (10); 1, 322 (325); 6, 12 (14); 7, 53 (55); 7, 109 (110); 8, 253 (255); 9, 261 (265); 11, 29 f; NJW 60, 765; vgl auch BayVerfGHE 9, 123 (126); Arndt NJW 60, 1191 ff; Zweigert, Die Verfassungsbeschwerde, JZ 52, 321 ff (324).

her.

Man ist versucht, sogar zu meinen, solche Entscheidungen könnten gar nicht beschwerend wirken und seien schon deshalb für Art. 103 I GG bedeutungslos. Das praktische Ergebnis würde sich dadurch nicht ändern; aber es empfiehlt sich, den Begriff der Beschwer nicht in dieser Richtung auszudehnen, weil damit noch weiter vom Prozeßrecht abgewichen würde. Eine Beschwer entfällt nämlich nicht dadurch, daß eine Entscheidung in der angegebenen Weise rückgängig gemacht werden kann; sicher nicht, wenn man die Beschwer an den Anträgen mißt; aber auch die materielle Beschwer wird erst mit der Vernichtung der Entscheidung beseitigt, die die Verschlechterung der Rechtsstellung herbeigeführt hatte. ZB kann ein Strafbefehl durch Einspruch seiner Wirkung beraubt werden; dann ist damit auch die materielle Beschwer hinfällig. Wird aber kein Einspruch erhoben, so wird der Strafbefehl rechtskräftig und vollstreckbar, die Beschwer bleibt bestehen.

2. Abgrenzungen

Nicht hierher zu zählen sind die Fälle, in denen einem Rechtsbehelf kein Devolutiveffekt zukommt und daher dieselbe Instanz noch einmal zu entscheiden hat. Der ergangene gerichtliche Akt, der zunächst bestehen bleibt und auch endgültig aufrecht erhalten bleiben kann, verliert die Eigenschaft als Gehör fordernde Entscheidung nicht, da er tatsächliche und rechtliche Wirkungen haben kann, etwa schon vollzogen sein kann. Die Ausgangssituation wird also nicht wiederhergestellt.

Ferner sind die Fälle zu erwähnen, in denen zwar ein Devolutiveffekt besteht, aber vor der Abwälzung an die höhere Instanz der erste Richter darüber zu entscheiden hat, ob er dem Rechtsbehelf abhelfen will [610]. Auch hier muß rechtliches Gehör gewährt werden. Das zeigt sich darin, daß keine neue Entscheidung desselben Gerichts ergeht, wenn dies nicht abhelfen zu können glaubt. Die alte Entscheidung bleibt dann völlig unberührt. Hier ist der Einfluß des Betroffenen auf die erste Entscheidung nicht größer als bei jedem normalen Rechtsmittel, ihr Schicksal ist von seinem Willen unabhängig.

Schließlich gehören nicht hierher die Fälle, in welchen eine prozessuale Erklärung des Beteiligten lediglich die Vollziehbarkeit des gerichtlichen Aktes vorläufig hindert [611], ohne den Akt selbst in seinem Bestand beeinträchtigen zu können, wenn also hierüber erst ein Gericht zu befinden hat [612].

---

610 So bei Fällen einfacher Beschwerde.

611 Vgl zB §§ 572 ZPO, 24 FGG, 80 VwGO.

612 Noch viel weniger zählen die Fälle hierher, in welchen lediglich das Ge-

§ 10

Der Geltungsbereich des Art. 103 I GG im einzelnen

Nachdem nun aufgezeigt worden ist, nach welchen Merkmalen sich im Einzelfall beurteilen läßt, ob Art. 103 I GG anwendbar ist, sollen die Ergebnisse der Untersuchung zum Geltungsbereich an einigen in Schrifttum und Rechtsprechung häufig diskutierten Verfahren und Verfahrensarten verdeutlicht werden, bei denen die Geltung des Art. 103 I GG entweder grundsätzlich umstritten oder die Begründung dafür, daß die Norm nicht eingreift, unbefriedigend ist.

I Der Verfahrenszweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit

1. Die Fragestellung

Der Verfahrenszweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat in den vergangenen Jahren wohl am häufigsten und mit am heftigsten zu Auseinandersetzungen um Art. 103 I GG, insbesondere um seinen Geltungsbereich, geführt. Hier haben sich die Geister geschieden; wer hier das Erfordernis des rechtlichen Gehörs grundsätzlich ablehnte, der mußte auch bei vielen anderen Entscheidungstätigkeiten des Richters zur Verneinung eines Anspruchs gelangen; die freiwillige Gerichtsbarkeit war gewissermaßen als Grundlage für einen Test geeignet. Dies ist in ihrem Charakter begründet. Mindestens in weiten Teilen ist sie materiell der Verwaltung zuzurechnen [613], gleichgültig, wie man diese von der Rechtsprechung abgrenzen will. Von der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Verwaltungstätigkeit wurde dann leicht auf andere richterliche Verwaltungstätigkeiten geschlossen.

Im folgenden geht es nicht um einzelne Verfahren oder Verfahrensarten innerhalb des Verfahrenszweigs der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern um die grundsätzliche Frage, ob Art. 103 I GG auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit als gesamtes Gebiet gilt, genauer, ob Art. 103 I GG umgekehrt von vornherein für die freiwillige Gerichtsbarkeit ausscheidet. Weiter ist zu klären, wann hier eventuell trotz Geltung des Art. 103 I GG kein Gehör erforderlich ist und warum.

---

richt es unterließ, die (vorläufige) Vollstreckbarkeit anzuordnen oder in welchen sie bereits vom Gesetz ausgeschlossen ist.

613 Vgl Baur DNotZ 55, 516 f; Habscheid JR 58, 362; Bettermann, Lent-Festschrift 17 ff mwN (besonders 24).

2. Der Grundsatz

Die im Laufe der Zeit vertretenen Ansichten zur Frage des rechtlichen Gehörs in der freiwilligen Gerichtsbarkeit brauchen hier nicht mehr im einzelnen dargestellt zu werden. Denn heute ist man sich im Ergebnis wohl einig: Auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht grundsätzlich Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG[614], und zwar auch und erst recht in der Beschwerdeinstanz[615]. Dem ist hinzuzufügen - was leider nicht genügend geschieht -, daß auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Fall zu Fall geprüft werden muß, ob die einzelne bevorstehende gerichtliche Maßnahme rechtliches Gehör erfordert.

Vor der Entstehung des GG war man dagegen nicht auf den Gedanken gekommen, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden. Das bedeutete zwar nicht Fehlen jeder Anhörung. Diese wurde jedoch nur dann für erforderlich gehalten, wenn ein besonderer Rechtssatz sie verlangte oder wenn sich ihre Notwendigkeit aus dem Amtsermittlungsprinzip ergab[616]. Diese Rechtsansicht ist auch nach 1949 nicht schlagartig aufgegeben worden[617]. Auch in neuerer Zeit sind noch Entscheidungen, insbesondere des Bundesgerichtshofs, ergangen, die einen Anspruch auf rechtliches Gehör ablehnen, ohne sich mit Art. 103 I GG auseinanderzusetzen, die also

---

614 Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit 194 f; derselbe AcP 153, 406; derselbe, Anmerkung zu BVerfGE 7, 53, JZ 57, 543; Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit 43 f und 46; Jansen, § 12 Anm 7; Hanswerner Müller NJW 53, 1659; Röhl NJW 58, 1271; Habscheid JR 58, 365; Schwoerer, Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern, FamRZ 58, 433 ff (441); Beitzke, FamRZ 60, 506; Hohenester DRiZ 59, 214; Lesser, Anspruch auf rechtliches Gehör, DRiZ 60, 421; MD Art. 103 Rn 85; Hamann, Kommentar 422; OLG Hamm DNotZ 50, 210; MDR 54, 427; MDR 56, 687; JMBl NRW 57, 117; JMBlNRW 57, 159; OLG Köln JMBlNRW 56, 113; OLG Oldenburg NsRpfl 58, 17; OLG Frankfurt FamRZ 60, 72; BayObLGZ 1956, 353 (360); 1958, 74 (75); 1957, 53 (58); 1959, 182 (187); BayObLG NJW 60, 43; LG München I MDR 50, 677; (mit Vorbehalten) KG NJW 54, 1410.

615 Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit 194, 345, 382; Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit 88; Jansen, § 12 Anm 7; Hanswerner Müller NJW 53, 1659; Löwe 294 ff.

616 Vgl zB KGJ 25 A 29 und 34 A 60; KG OLGRspr 7, 207; 17, 267; 35, 349; Bay ObLG JFG 5, 83; OLG München JFG 23, 351; weitere Nachweise bei Jansen, § 12 Anm 7 und Löwe 286 f.

617 Ablehnend zB noch BayObLGZ 1951, 412 (417); 1951, 424; Baur JZ 57, 543 hielt die ablehnende Meinung noch für die herrschende.

die Geltung dieser Norm in der freiwilligen Gerichtsbarkeit außer Acht lassen [618]. Übergangsweise wurde schließlich eine vermittelnde Meinung vertreten, die den Anspruch auf rechtliches Gehör zwar nicht allgemein, aber wenigstens für die sogenannten echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannte [619]. Endgültige Klarheit dürfte jedoch das Bundesverfassungsgericht geschaffen haben, als es aussprach, daß Art. 103 I GG auch in den Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz zu gelten habe [620]. Hierunter fällt auch die freiwillige Gerichtsbarkeit; § 12 FGG entscheidet also nicht allein über die Notwendigkeit der Anhörung. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Auch in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidet der Richter als der unabhängige staatliche Amtsträger; deshalb muß er rechtliches Gehör gewähren, wenn seine nicht nur vom Willen des Beteiligten abhängige Entscheidung diesen beschweren kann.

3. Die angeblichen Ausnahmen

Gerade auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt es jedoch oft vor, daß im konkreten Fall trotz dieser Rechtslage kein rechtliches Gehör gewährt wird. Daß dies unter Umständen zulässig sein muß, kann man nicht bezweifeln, wenn man die Sachverhalte betrachtet, die den entsprechenden Entscheidungen zugrunde liegen. Es handelt sich meist um Fälle vorläufiger Anordnungen, die wegen ihrer Eilbedürftigkeit oder der beabsichtigten Überraschungswirkung ohne vorheriges Gehör ergehen, insbesondere um Anordnungen der vorläufigen Fürsorgeerziehung oder der vorläufigen Vormundschaft.

a) Die Begründung in Schrifttum und Rechtsprechung
Im Schrifttum [621] und in der Rechtsprechung [622] wird angenommen, hier er-

---

618 BGH LM Nr 1 zu § 57 FGG; BGH NJW 54, 554; BGH FamRZ 54, 219; BayOb LGZ 1956, 54 (61); OLG Celle FamRZ 56, 288; Potrykus, Anmerkung zu BGH NJW 53, 1587, NJW 53, 1746.

619 BayObLGZ 1954, 1 (3 f); KG NJW 54, 1410; Bettermann, Lent-Festschrift 42; Löwe 281 ff; Peters MDR 52, 139 f; Firsching, Probleme des Verfahrensrechts auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsprechung des Jahres 1954, NJW 55, 613 f (614).

620 BVerfGE 7, 53 ff.

621 Baur AcP 153, 406; Röhl NJW 58, 1271; Habscheid JR 58, 365; Potrykus NJW 53, 1746; Lesser DRiZ 60, 421; Keidel, § 12 Anm 10 a; Jansen, § 12 Anm 7; MD Art. 103 Rn 44 ff; Löwe 290. Bedenken hat Beitzke FamRZ 60, 506.

622 BGH NJW 53, 1587; OLG Bremen NJW 53, 306 (ohne Berücksichtigung von Art. 103 I GG); OLG Karlsruhe FamRZ 54, 54; OLG Hamm MDR 56, 687; JMBlNRW 57, 117; OLG Köln JMBlNRW 56, 113; NJW 61, 609; BayObLGZ 1958, 257 (259).

leide das Recht auf rechtliches Gehör Ausnahmen, die sich aus dem Gesichtspunkt der "Fürsorgefunktion" des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit rechtfertigten. Dabei sei zwischen dem Bedürfnis nach einer eiligen oder überraschenden Entscheidung und dem Interesse des Betroffenen an der Anhörung abzuwägen. Ähnlich ist nach der Rechtsprechung zu verfahren, wenn es darum geht, ob das Gericht vertrauliche Angaben den Beteiligten mitzuteilen hat, wenn dadurch die Auskunftsperson gefährdet werden kann [623]. Die Begründung für das Unterbleiben der Anhörung in diesen Fällen kann nicht ganz überzeugen. Art. 103 I GG gewährt ein Grundrecht, das keine Einschränkungen von außen verträgt, da es nicht einmal einen Gesetzesvorbehalt enthält. Zudem sind auch keine allgemein maßgeblichen Gesichtspunkte ersichtlich, von denen aus sich beurteilen ließe, wann das Interesse des Beteiligten gegenüber anderen Interessen zurückzutreten hätte.

b) Die eigene Begründung

Soll eine möglicherweise beschwerende richterliche Entscheidung ohne vorheriges Gehör zulässig sein, so muß sich dies bereits aus den Art. 103 I GG zukommenden Grundrechtsschranken ergeben. Dann handelt es sich in Wahrheit nicht mehr um Ausnahmen, sondern es zeigt sich, daß das Grundrecht von vornherein keine Anhörung verlangt. Diese braucht dann auch zu der bereits ergangenen Entscheidung nur nachgeholt werden, wenn die Schranken inzwischen nicht mehr entgegenstehen [624]. Oben [625] wurde gezeigt, daß die Schranken des Art. 103 I GG sich aus einer Kombination der Schrankenlehren von Klein und Dürig ergeben, wobei Klein's Schrankenlehre für Art. 103 I GG nur wegen dessen Verhältnis zu andern Grundrechten desselben Grundrechtsträgers Bedeutung hat. Da es hier jedoch um das Verhältnis des Art. 103 I GG zu gegensätzlichen Prozeßgrundsätzen und Interessen geht, ist die Zulässigkeit der "Ausnahmen" ausschließlich an der Lehre von den Nichtstörungsschranken zu messen.

Nach § 67 S 1 JWG kann das Vormundschaftsgericht bei Gefahr im Verzuge die vorläufige Fürsorgeerziehung beschließen. "Gefahr im Verzuge liegt vor, falls zu befürchten ist, daß der Minderjährige verwahrlost oder weiter verwahrlost, wenn seine anderweitige Unterbringung bis zum Abschlusse des endgültigen Fürsorgeerziehungsverfahrens aufgeschoben wird" [626]. Dabei ist die Verwahrlosung "ein Zustand von einiger Dauer, in dem der davon Betroffene in erheblichem Grade derjenigen körperlichen, geistigen oder sittlichen Eigenschaften erman-

---

623 OLG Hamm MDR 50, 355; MDR 54, 427; JMBlNRW 57, 117; OLG Frankfurt FamRZ 60, 72; vgl Keidel, § 34 Anm 4 c mwN.

624 S. oben § 6 III 5 b.

625 S. oben § 6 III.

626 Potrykus, Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1953, 306.

gelt, die bei einem Minderjährigen seines Alters unter sonst gleichen Verhältnissen als Ergebnis einer ordnungsmäßigen Erziehung vorausgesetzt werden müssen" [627]. Wollte das Gericht dann bei diesem Sachverhalt vor der Anordnung den Betroffenen oder seine gesetzlichen Vertreter anhören, so würde die Vollziehung der Maßnahme dadurch vielfach vereitelt werden, weil der Minderjährige sich ihr entziehen könnte. Damit könnte nun die Gewährung des rechtlichen Gehörs gleichzeitig gegen eine der drei Nichtstörungsschranken verstossen. Je nach Lage des Einzelfalls ist es denkbar, daß der der Fürsorgeerziehung ausgewichene Jugendliche die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die elementare Ordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verletzen könnte, dies vor allem dann, wenn er sittlich zu verwahrlosen und straffällig zu werden drohte. Besteht aber die Gefahr der Verletzung eines dieser elementaren Rechtsgüter, so erfordert Art. 103 I GG kein rechtliches Gehör. Der Grundrechtsträger kann nicht verlangen, daß der Staat, sei es durch Unterlassen oder besonders durch positives Tun, die Pflicht zur Achtung und zum Schutze der Grundrechte auch dann erfüllt, wenn er dadurch dazu beiträgt, die Gefahr der Verletzung eines der drei elementaren Rechtsgüter zu schaffen oder zu vergrössern. An diesen Rechtsgütern findet jede Grundrechtsausübung ihre Grenze. Weiter reicht also auch das Grundrecht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG nicht.

Drohende körperliche oder geistige Verwahrlosung wird allerdings wohl meist nur den Betroffenen selbst schädigen können; in Ausnahmefällen kann jedoch der geistig verwahrlosende Minderjährige auch eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen.

Wird durch die Gewährung des Rechts aber keine der drei Schranken berührt, so besteht auch hier Anspruch auf rechtliches Gehör. Das kann unter Umständen dazu führen, daß die Durchführung der Maßnahme erschwert oder vereitelt wird; aber das Grundrecht hat hier vorzugehen.

Insbesondere wird die Grundrechtsausübung grundsätzlich [628] nicht ausgeschlossen, wenn sie nur zu einer Beeinträchtigung des objektiven eigenen Interesses führen kann; der Staat darf diese also in der Regel nicht verhindern, indem er das Grundrecht außer Acht läßt.

Als Ergebnis ist festzustellen: Bei Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung (oder der vorläufigen Vormundschaft) wird Art. 103 I GG - wohl in der

---

627 Potrykus aaO 234.

628 Ausnahmen sind denkbar. ZB kann der Lebensmüde sich nicht auf Art. 2 I GG berufen, wenn der Staat den Selbstmord abwenden will, denn hier spielen andere Gesichtspunkte eine Rolle. Vgl aus dem neueren Schrifttum: Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 60, 649 ff und 686 ff.

überwiegenden Anzahl aller Fälle - kein rechtliches Gehör verlangen, weil eine der drei Grundrechtsschranken eingreift. Dieser Satz gilt jedoch, wie gezeigt, nicht so ausschließlich, wie die herrschende Meinung dies annimmt [629].

Was nun weiter die Fälle betrifft, in denen das Interesse von Auskunftspersonen einer Mitteilung ihres Namens entgegensteht, so gilt folgendes: Oft wird eine Vermittlung des Prozeßstoffes an die Beteiligten, wie sie nach Art. 103 I GG erforderlich ist, gar nicht dazu nötigen, auch die Namen von Vertrauensleuten bekanntzugeben [630]. Kommt es jedoch dem Beteiligten auch gerade auf den Namen an, vielleicht mit der verständlichen Begründung, er wolle die Glaubwürdigkeit der Vertrauensperson überprüfen, so hat das Gericht die Mitteilung des Namens davon abhängig zu machen, ob infolgedessen eines der drei elementaren Rechtsgüter, insbesondere die Rechte des Zeugen usw, zB sein Leib und Leben, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Eigentum verletzt oder gefährdet werden können oder nicht. Im ersten Fall darf die Mitteilung des Namens unterbleiben und die Aussage der Vertrauensperson trotzdem verwertet werden [631], ohne daß damit gegen Art. 103 I GG verstoßen würde. Auch hier läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen, sondern ist das Eingreifen der Grundrechtsschranken jeweils besonders zu untersuchen.

II Das Strafverfahren außerhalb des Hauptverfahrens

1. Das Problem

Erhebliche Schwierigkeiten bereitete auch die Frage der Bedeutung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im strafprozessualen Verfahren, soweit es vor dem Hauptverfahren liegt, insbesondere also im Ermittlungsverfahren. Wenn hier der Staatsanwalt tätig ist, spielt Art. 103 I GG gewiß keine Rolle, da er ihn als weisungsgebundenen Beamten mit den Worten "vor Gericht" von vornherein ausschließt. Aber es gibt eine ganze Reihe richterlicher Entscheidungen im Ermittlungsverfahren. Deren wichtigste ist der Haftbefehl (§ 112 StPO); ferner sind die Anordnungen der Beschlagnahme (§§ 94, 98 StPO) und der Durchsuchung (§§ 102, 105 StPO) sowie die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111 a StPO) her-

---

629 Richtig neuerdings OLG Stuttgart FamRZ 60, 247; LG Köln FamRZ 60, 445; OLG Köln NJW 61, 609 (in Abweichung von seiner Entscheidung NJW 56, 1925), das rechtsgrundsätzlich auch hier rechtliches Gehör verlangt.

630 Richtig OLG Frankfurt FamRZ 60, 72 (74).

631 In diesem Punkt ist das OLG Frankfurt aaO anscheinend anderer Meinung.

vorzuheben, die durch eine Reihe anderer Entscheidungen ergänzt werden (vgl zB §§ 81 I 2, 81 a II, 81 c III, 126 a, 134, 162, 165, 180 und 203 ff StPO). Diese Entscheidungen ergehen in der Praxis oft ohne tatsächliche Anhörung.

2. Die Begründung der herrschenden Meinung

An der Berechtigung dieses Zustandes ist im allgemeinen nicht gezweifelt worden [632]. In der Regel wird gesagt, im Ermittlungsverfahren trete das rechtliche Gehör hinter anderen, wichtigeren Prinzipien zurück [633]; als solche gelten die Grundsätze der Vereinfachung, der Beschleunigung, der Sicherung, ferner die Notwendigkeit der Überraschung zur Erreichung des Untersuchungszwecks [634]. Löwe [635] meint, im Ermittlungsverfahren wirke der Richter nicht streitentscheidend, sondern verwaltend wie der Staatsanwalt, deshalb gelte hier Art. 103 I GG nicht. Das zeige sich darin, daß diese Entscheidungen auch ohne Hinzuziehung eines Richters ergehen könnten. Aber damit kann nicht begründet werden, daß auch dann kein Gehör gewährt werden müßte, wenn diese Maßnahmen vom Richter getroffen werden. Seine für den Regelfall vorgesehene Einschaltung soll gerade der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens und der Wahrung der Menschenwürde dabei dienen [636]. Konsequenterweise bejaht Löwe [637] den Anspruch auf rechtliches Gehör wenigstens vor Entscheidungen über die Aufrechterhaltung des Haftbefehls (§§ 114 b ff StPO), im Haftprüfungsverfahren (§§ 115 a ff StPO) und im Zwischenverfahren über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§§ 198 ff StPO). Nicht zu überzeugen vermag auch die Annahme Röhl's [638], die Einschränkung des rechtlichen Gehörs im Ermittlungsverfahren ergebe sich aus der Natur der Sache. Dies könne verantwortet werden, weil das Gehör anders gesichert sei, wenigstens beim Haftbefehl. Ebensowenig befriedigt die Ansicht Arndt's [639], Art. 103 I GG finde deshalb beim Haftbefehl keine Anwendung, weil dieser nur unter Vorbehalt der Rechte des Beschwerten erlassen werde. Sein Recht, die Freiheit, wird aber gerade durch den Haftbefehl beschränkt. Nach Baur [640] setzt sich der im Ermittlungsverfahren stark eingeschränkte Anspruch auf rechtliches Gehör dann wieder voll durch, wenn es bei den Ermittlungen zu einem Eingriff in die Freiheit des Beschuldigten kommt; der verhaftete Beschul-

---

632 Nach Hamann, Kommentar 422, soll Fluchtverdacht nicht die Versagung des rechtlichen Gehörs rechtfertigen.

633 Vgl Löwe 313.

634 Baur AcP 153, 404; Röhl NJW 58, 1271; Kleinknecht-Müller, Einleitung 12 I b.

635 Löwe 314 ff, 336.

636 Ähnlich BVerfGE 9, 89 (97).

637 Löwe 316, 319.

638 MDR 55, 523.

639 NJW 59, 6.

640 AcP 153, 404; hiergegen Löwe 315.

digte sei nämlich zu vernehmen und habe dabei Gelegenheit zur Stellungnahme. Aber in diesem Zeitpunkt ist der Eingriff in die Freiheit schon vollzogen, und zwar ohne vorheriges Gehör. Gerade das Unterbleiben vorgängigen Gehörs bedarf der Begründung aus Art. 103 I GG. Erst wenn dieser erlaubt, so zu verfahren, erhebt sich die Frage, ob hinterher noch Gehör zu geben ist. Auch ist bei den Beeinträchtigungen der Freiheit nach §§ 81 ff StPO eine Anhörung des Betroffenen gar nicht vorgesehen. Baur's Interessenabwägung genügt daher nicht zur Rechtfertigung des vorgefundenen Zustandes.

3. Die Änderung des § 308 I StPO

Gegen alle die Geltung des Art. 103 I GG im Ermittlungsverfahren ablehnenden oder beschränkenden Lehren spricht die Änderung des § 308 I StPO vom Jahre 1953. Sie geschah im Hinblick auf Art. 103 I GG[641]; ihm sollte, wie dem ganzen GG, die StPO angepaßt werden. § 308 I StPO gilt auch im Ermittlungsverfahren. Für alle dort vorkommenden Beschwerdeentscheidungen war also die Richtigkeit der geschilderten Ansichten zweifelhaft geworden. Zum Teil wurde die das rechtliche Gehör nicht für notwendig haltende Meinung trotz § 308 I StPO weiter vertreten[642], zum Teil im Hinblick auf diese Norm in Verbindung mit Art. 103 I GG eine Anhörung verlangt[643] [644].

4. Die eigene Begründung

Sie soll am Beispielsfall des Haftbefehls dargelegt werden, der auch den Anlaß zur wohl bedeutsamsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 I GG gegeben hat[645]. Das Gericht hatte darüber zu befinden, ob Art. 103 I GG gebietet, den Beschuldigten anzuhören, wenn gegen ihn auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft entgegen der vorinstanzlichen Entscheidung ein Haftbefehl erlassen werden soll. Das Bundesverfassungsgericht erklärte in diesem Fall den Erlaß des Haftbefehls ohne vorherige Anhörung für zulässig, da diese Ausnahme

---

641 Vgl die in BVerfGE 9, 89 (102 f) geschilderte Entstehungsgeschichte des § 308 I StPO.

642 Röhl MDR 55, 523; NJW 58, 1271; Kleinknecht-Müller, § 308 Anm 3 b.

643 Wersdörfer NJW 54, 377; OLG Oldenburg NJW 58, 152. Diese sehen für den Hauptanwendungsfall fälschlicherweise den Ausweg in § 134 StPO. Aber hier taucht ja wieder das Problem des vorgängigen Gehörs auf.

644 Ob § 308 I StPO restriktiv ausgelegt werden darf, ist hier nicht zu prüfen. Insofern wird die Richtigkeit von BVerfGE 9, 89 bezweifelt von Rahn, Besteht eine Mitteilungspflicht gemäß § 308 StPO auch in den Fällen der Ausservollzugsetzung einer Entscheidung gemäß § 307 II StPO? NJW 59, 1167.

645 BVerfGE 9, 89 ff.

unabweisbar sei, um nicht den Zweck des Haftbefehls zu gefährden. Dem Art. 103 I GG werde hier durch die unverzügliche richterliche Vernehmung nach der Verhaftung genügt [646].

Die Einwände gegen diese Begründung sind der Sache nach bereits erörtert. Der Zweck des Haftbefehls an sich ist nicht geeignet, ein Grundrecht auszuschalten; die Interessenabwägung hat keine Berechtigung, wenn die einander gegenüberstehenden Interessen schon dem Grad nach nicht gleichrangig sind, nämlich eines von ihnen durch ein Grundrecht gestützt wird. Hier soll gezeigt werden, wie das zutreffende Ergebnis vom Standpunkt dieser Arbeit aus begründet werden kann. Zunächst ist festzustellen: Auch im Haftbefehlsverfahren und überhaupt im Ermittlungsverfahren hat der Richter grundsätzlich wie auch sonst im Strafprozeß den Betroffenen vor beschwerenden Entscheidungen zu hören [647]. Ist dies einmal nicht notwendig, so handelt es sich dabei nicht um Ausnahmen vom Gebot des Art. 103 I GG, der ja nicht eingeschränkt werden kann, sondern die Anhörung ist entbehrlich, weil und soweit ihr die allgemeinen Grundrechtsschranken entgegenstehen. Das kann aber dazu führen, daß Art. 103 I GG wenigstens nach Erlaß der Entscheidung rechtliches Gehör verlangt. Im Haftbefehlsverfahren kann nun tatsächlich die Schranke der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingreifen. Hier würde die scheinbar unter Beachtung eines Grundrechts gemachte Mitteilung an den Beschuldigten unter Umständen zu der Gefahr führen, daß dieser, der sich zuvor infolge der ablehnenden Vorentscheidung sicher fühlte, jetzt gewarnt wäre und womöglich flüchtete, was die Strafverfolgung beeinträchtigen würde. Hierin wäre eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu sehen, und zwar deshalb, weil die in der Tatsache des dringenden Tatverdachts liegende Störung nun wahrscheinlich nicht durch gerichtliche Erledigung beseitigt werden könnte, sondern gefestigt würde. Deshalb ist es mit Art. 103 I GG vereinbar, hier den Beschuldigten erst nach der Verhaftung zu hören.

---

646 AaO 98 f.

647 So grundsätzlich auch BVerfGE 9, 89 (98, 105); zB ist der Beschuldigte zu hören, wenn er nach einer vorläufigen Festnahme verhaftet werden soll; das bestimmt auch § 128 StPO in Übereinstimmung mit Art. 104 II und III GG. - Andererseits ist § 201 III StPO wohl wegen Verstoßes gegen Art. 103 I GG verfassungswidrig. Auch wenn Anklage beim Amtsrichter als Einzelrichter erhoben worden ist, muß dieser nach Art. 103 I GG vor Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtliches Gehör gewähren; denn diese kann den Beschuldigten beschweren (dazu Arndt NJW 60, 1192), wenn auch vielleicht schwächer als bei Eröffnung vor einem kollegial besetzten Spruchkörper.

5. Die entsprechende Behandlung anderer Fälle

Was nun für den Fall des Haftbefehls gilt, trifft auch im übrigen strafprozessualen Verfahren vor dem Hauptverfahren zu. Das führt dazu, daß zB Entscheidungen nach § 81 I 2 StPO (Anordnung der Beobachtung in einer Heil- oder Pflegeanstalt) stets eine Anhörung voraussetzen, weil hier ein Wirksamwerden der Schranken nicht vorstellbar ist. Das Gesetz entspricht dem ausdrücklich ("nach Anhörung des Verteidigers"). Schranken können dagegen in den Fällen der §§ 81 a und 81 c StPO (Anordnung der körperlichen Untersuchung) eingreifen, zB können es die Rechte des Beschuldigten verlangen, daß ein Dritter, wenn überhaupt, dann eiligst ohne Anhörung, untersucht wird, oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung, daß der Beschuldigte zur Klärung des Tatverdachts untersucht wird. Ebenso können Schranken in den Fällen richterlicher Untersuchungshandlungen nach §§ 162 und 165 StPO das rechtliche Gehör verhindern. Zwei Fälle, in denen das Gesetz schon selbst darauf hin deutet, daß Grundrechtsschranken einer Anhörung entgegenstehen können, sind in den §§ 111 a und 126 a StPO geregelt. Die Fahrerlaubnis kann vorläufig entzogen werden, "... wenn dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen." Die einstweilige Unterbringung kann angeordnet werden, "wenn die öffentliche Sicherheit es fordert." Zwar nicht automatisch, aber doch in manchen Fällen wird hier der Schutz der Allgemeinheit vor Gefährdung, also die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung nicht nur die richterliche Maßnahme überhaupt, sondern auch deren eiliges oder überraschendes Zustandekommen fordern. Damit ist das vorgängige Gehör ausgeschlossen; die Schranke der elementaren Ordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit und Ordnung steht ihm entgegen [648].

---

648 Ebenso wie das zeitlich vor dem Hauptverfahren liegende Verfahren bietet auch der hinter ihm liegende Teil des Strafprozesses Anlaß zu Streitfragen. Vgl zum gesamten Gebiet der Strafvollstreckung Löwe 330 f. In letzter Zeit ist zB erörtert worden, ob und wieweit Art. 103 I GG rechtliches Gehör verlangt, wenn über die bedingte Entlassung nach §§ 26 StGB, 454 StPO entschieden wird. Während OLG Hamm MDR 60, 424, H. W. Schmidt, Die Anhörung des Verurteilten bei bedingter Entlassung nach § 26 StGB, MDR 61, 195 f und Heiss NJW 61, 1094 ff (1096) hier mit Rücksicht auf Art. 103 I GG für erforderlich halten, daß dem Verurteilten die Stellungnahme der Strafvollzugsbehörde (§ 454 StPO) mitgeteilt wird, glaubt Schütz NJW 61, 582 ff davon absehen zu können. Nach seiner Ansicht gilt der Grundsatz, daß Tatsachen und Beweisergebnisse der Entscheidung nur zugrunde gelegt werden dürfen, wenn sich der Betroffene dazu äußern konnte, hier nicht, da es sich um eine weniger schwerwiegende Nebenentscheidung handle (aaO 585). Diese Ansicht verkennt die Bedeutung des Art. 103 I GG für das ganze Verfahren und ist abzulehnen. Auch die Hilfserwägung (aaO 586), jedenfalls müsse das

III Das Ordnungsstrafverfahren

1. Der Grundsatz

Seit jeher ist auch für das Ordnungsstrafverfahren wegen ungebührlichen Verhaltens in der Sitzung(§ 178 GVG) immer wieder die Frage nach dem rechtlichen Gehör gestellt worden. Und auch hier haben sich allmählich die Gewichte verschoben, sodaß heute wohl überwiegend die Geltung des Art. 103 I GG in diesem Verfahren anerkannt wird [649]. Die ablehnende Meinung stützt sich darauf, daß der Richter im Ordnungsstrafverfahren als selbst Beteiligter nicht unparteiisch entscheide; Sitzungspolizei sei Verwaltungstätigkeit, Ausfluß der Thinggewalt [650]. Aber das sind keine Argumente, die Art. 103 I GG berühren könnten. Und dieser ist allein maßgeblich, da § 178 GVG nichts über die Anhörung bestimmt. Der nach § 178 GVG entscheidende Spruchkörper erfüllt die Voraussetzungen, die Art. 103 I GG an ein Gericht stellt. Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Norm könnten sich höchstens daraus ergeben, daß es dem Richter im Ordnungsstrafverfahren möglicherweise an der tatsächlichen Unabhängigkeit mangelt, weil er durch das ungebührliche Verhalten herausgefordert und erregt sein könnte. Trifft das in nicht unerheblichem Maße zu, so ist die Ablehnung des Richters gerechtfertigt [651]; der dann ersatzweise entscheidende Richter ist bestimmt auch tatsächlich unabhängig. Im übrigen war diese tatsächliche Unabhängigkeit oben bei der Festlegung des Gerichtsbegriffs nicht gemeint. In der Gefahr, sie einzubüßen, schwebt der Richter immer, wenn er irgendwie an den Fragen des Prozesses interessiert ist. Dann ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs das beste Mittel, um die Unparteilichkeit wieder völlig herzustellen. Die

---

rechtliche Gehör wegen überwiegenden öffentlichen Interesses an ordnungsmäßiger Durchführung des Strafvollzugs und Erreichung des Erziehungszwecks ausnahmsweise entfallen, überzeugt nicht, da die Verfassungsnorm des Art. 103 I GG Grundsätzen und Zielen des Straf- und Strafprozeßrechts vorgeht; so richtig Heiss aaO und v. Winterfeld NJW 61, 850 Anm 29. Die richtige Lösung kann auch hier nur mittels der Schrankenlehre gefunden werden.

649 MD Art. 103 Rn 86 mwN; außer den dort Genannten noch zustimmend: Röhl NJW 53, 1532 Anm 11; Hamann, Kommentar 422; Kern, Gerichtsverfassungsrecht 322; Tillmann, Nochmals: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 60, 640; OLG Saarbrücken NJW 61, 890 mwN; zweifelnd Schultz MDR 59, 175; ablehnend Löwe 363 ff; Kniestedt, Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 60, 197 und MDR 61, 25; aus früherer Zeit noch Drucker, Anmerkung zu BayObLG JW 26, 1239, ebenda.

650 So insbesondere Löwe und Kniestedt aaO.

651 Anders Löwe 365 und OLG Darmstadt JW 34, 780.

Gefahr der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit spricht also eher für als gegen das Erfordernis des rechtlichen Gehörs. Daß die richterliche Entscheidung den Betroffenen beschwert, bedarf keiner Begründung. Und schließlich ist zu bedenken, daß auch der im Augenblick ungebührlich Auftretende seine Menschenwürde dadurch nicht verliert, diese also nach wie vor zu achten ist, daß also Art. 103 I GG seinem Sinn nach hier Anwendung finden muß.

2. Die Rechtfertigung der Nichtanhörung

Allerdings dürfte die Erfüllung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Ordnungsstrafverfahren dem Gericht in der Praxis - obwohl theoretisch kein Unterschied zum normalen Anspruchsinhalt besteht - keine so umfangreichen Pflichten auferlegen wie sonst. Denn der gesamte Sachverhalt spielt sich vor dem Gericht und dem oder den Beteiligten ab, der "Prozeßstoff" ist also klein beieinander; im wesentlichen wird Art. 103 I GG hier nur fordern, daß dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werde. Und auch diese tatsächliche Anhörung darf unter Umständen entfallen, wie mit Recht die den Anspruch grundsätzlich bejahende Ansicht annimmt. Wieder ist jedoch deren Begründung nicht voll befriedigend. Bei Kern [652] heißt es: "... Vor der Verhängung hat womöglich eine Anhörung dessen zu erfolgen, ..." Mit dem Kriterium der Möglichkeit oder Unmöglichkeit ist aber selbst theoretisch keine klare Abgrenzung der Fälle zu erreichen, in welchen sich die Anhörung erübrigt. Auch vermißt man hier die Beziehung der Schranke zum grundrechtlichen Schrankensystem. Das gilt auch für die von Dürig [653] genannte Ausnahme für den Fall, daß anzunehmen sei, der Betroffene werde sein ungebührliches Verhalten bei der Anhörung fortsetzen. Zwar ist bei diesem Sachverhalt wirklich kein Gehör zu geben, aber wie Dürig 's Annahme, die Gelegenheit sei hier verscherzt [654], mit Art. 103 I GG zu vereinbaren ist, bleibt unklar. Den richtigen Gedanken hat Woesner [655] hervorgehoben. Nach ihm ist das rechtliche Gehör dann ausgeschlossen, wenn dies die Aufrechterhaltung der Ordnung fordert. Auch im Ordnungsstrafverfahren unterliegt das Recht aus Art. 103 I GG nur den allgemeinen Grundrechtsschranken. Hier können alle drei elementaren Nichtstörungsschranken eingreifen. Die Anhörung entfällt, wenn die Gefahr besteht, daß sie zur Mißachtung der Grundrechtsschranken führt. Als solche sind zB Beleidigungen denkbar, die die Rechte anderer, etwa die des Richters oder des Gegners, verletzen; ebenso kann eine Äußerung gegen das Sittengesetz verstoßen. In beiden Fällen würden solche Äußerungen gleichzeitig strafbar sein, also wegen der damit verbundenen Störung der öffentlichen Sicherheit unzulässig. Schließlich ist denkbar, daß durch das Verhalten des Betroffenen die ordnungsmäßige

---

652 AaO 322. 653 MD aaO. 654 S. oben Anm 424.
655 Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, NJW 59, 866 ff (868).

Weiterführung der Sitzung vereitelt würde; dann greift die Schranke der öffentlichen Ordnung ein. Besonders im Verfahren nach § 178 GVG wird es vorkommen, daß Art. 103 I GG auch nicht einmal nach Erlaß der Entscheidung rechtliches Gehör verlangt, weil die Gründe, die das vorgängige Gehör ausschlossen, noch fortbestehen. Wie berechtigt die Anwendung der Schrankenlehre gerade in diesem Verfahren ist, zeigen übrigens die Ausdrücke "Ordnungsstrafverfahren" und "Sitzungspolizei". Beidemal ist auf die meist in Betracht kommende Schranke der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angespielt, die aus der polizeilichen Generalermächtigung abgeleitet wurde.

IV Mahn-, Vorbescheids- und Strafbefehlsverfahren; Verfahren nach den §§ 24 und 91 a BVerfGG

1. Unvollkommenes rechtliches Gehör als Gemeinsamkeit

Diese Verfahrensarten sind dadurch gekennzeichnet und trotz aller sonstigen Verschiedenheiten dadurch miteinander verbunden, daß nach ihrer gesetzlichen Regelung eine gerichtliche Entscheidung ergeht, obwohl der Betroffene vorher tatsächlich eine Äußerungsgelegenheit nicht oder nicht umfassend genug gehabt hat. Der Strafbefehl [656] [657] und der Zahlungsbefehl [658] werden dem Antrag gemäß erlassen, ohne daß der Schuldner oder der Angeschuldigte sich überhaupt vor dem Richter äußern konnten (§§ 407 StPO, 688 ZPO) [659]. Was das Vorbescheidsverfahren nach § 84 VwGO [660] angeht, so hat zwar der Kläger in der Kla-

---

656 Entsprechendes gilt für die Strafverfügung (§ 413 StPO).

657 Über die besondere Frage, wie das rechtliche Gehör des Nebenklägers im Strafbefehlsverfahren zu gewährleisten ist, vgl Spitzbarth NJW 53, 1904 und die Kritik hierzu bei MD Art. 103 Rn 91.

658 Außer Betracht kann bleiben, daß über das Gesuch zunächst der Rechtspfleger entscheidet; denn es gibt ja die Erinnerung an den Richter; s. oben Anm 536.

659 Anders bei Erlaß des Vollstreckungsbefehls. Er ergeht überhaupt nur, wenn der Schuldner von seinem ihm durch die Möglichkeit des Widerspruchs gewährleisteten Recht auf rechtliches Gehör keinen Gebrauch macht. Der Vollstreckungsbefehl hat also mit dem Versäumnisurteil gemeinsam, daß die bestehende Äußerungsgelegenheit den Erlaß der Entscheidung verhindern konnte, weiter, daß die erlassene Entscheidung durch Einspruch zwar nicht automatisch, aber doch in vollem Umfang in derselben Instanz überprüfbar wird. Das rechtliche Gehör ist gewahrt.

660 Vgl früher §§ 31 BVerwGG, 55 VGG und 55 MRVO 165; das Bescheidsverfahren nach §§ 57 MRVO 165 und 98 VGG wurde nicht in die VwGO übernom-

gebegründung bereits seinen Anspruch aus Art. 103 I GG ausüben können, vollständiges rechtliches Gehör aber wird ihm hier oft nicht gewährt; so kann es zB vorkommen, daß die Stellungnahme des Gegners zur Frage der offenbaren Unbegründetheit ihm nicht mitgeteilt wird. Der Gegner wird hier unter Umständen gar nicht gehört, er erfährt nicht notwendigerweise vom Verfahren. Mit dem Vorbescheidsverfahren verwandt sind die Beschlußverfahren nach § 24 und, entfernter, nach § 91 a BVerfGG. Auch hier liegt es nahe, daß das rechtliche Gehör nur unvollkommen gewährt wird. Für alle diese Verfahren ist zu fragen, ob sie von Art. 103 I GG beherrscht werden. Die Entscheidung kann jedoch nicht einheitlich sein, da trotz der dargelegten Ähnlichkeit der Verfahren verschiedene Abweichungen bestehen.

2. Das Mahn- und Vorbescheidsverfahren

Beim Zahlungsbefehls- und beim Vorbescheidsverfahren kommt als weiterer gemeinsamer Gesichtspunkt hinzu, daß die ohne Anhörung getroffene Entscheidung in ihrer Beständigkeit lediglich vom Willen des durch sie Betroffenen abhängt. Nach § 696 ZPO wird auf den Widerspruch hin mündliche Verhandlung anberaumt, der Zahlungsbefehl hat damit (außer für die Rechtshängigkeit) jegliche Bedeutung verloren; gegen den Vorbescheid kann nach § 84 II VwGO die mündliche Verhandlung beantragt werden, er gilt dann als nicht ergangen. Der Betroffene hat nun im folgenden Verfahren volles rechtliches Gehör. Wie bereits dargelegt wurde, verlangt daher Art. 103 I GG vor diesen gerichtlichen Akten keine Anhörung [661].

3. Das Strafbefehlsverfahren

Zweifelhafter ist die Rechtslage bereits beim Strafbefehlsverfahren. Auch hier wird angenommen, daß kein rechtliches Gehör erforderlich sei. Denn der Beschuldigte sei nicht benachteiligt, sondern habe die Möglichkeit, sich durch Einlegung des Einspruchs rechtliches Gehör zu verschaffen [662]. So unbedenklich ist

---

661 Deshalb kann dem BVerwG NJW 61, 891 (892) nicht zugestimmt werden, wenn es einen Bescheid nach § 57 MRVO 165 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufhebt. Denn auch beim Bescheidsverfahren nach den §§ 57 MRVO 165 und 98 VGG galt der Bescheid nach rechtzeitigem Antrag auf mündliche Verhandlung als nicht ergangen. Das BVerwG beschränkt zu Unrecht die Bedeutung des Satzes von der Selbstverantwortung zur Ausnützung aller Möglichkeiten auf die Verfassungsbeschwerde. Schon oben Anm 212 wurde auf diese Obliegenheiten der Beteiligten bei der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs hingewiesen.

662 BVerfGE 3, 248 (253); Kern, Strafverfahrensrecht 251. Nach Löwe 390 f gilt

diese herrschende Meinung jedoch nicht. Der Einspruch beseitigt zwar sicherlich die Hauptwirkung des Strafbefehls, nämlich den urteilsähnlichen Strafausspruch auf Grund der Beschuldigung durch die Staatsanwaltschaft; das nach Abschluß der Hauptverhandlung ergehende Urteil braucht den Strafbefehl also nicht aufheben und kann ihn nicht bestätigen, es nimmt auch formell garnicht auf ihn Bezug, sondern lautet so, als wenn er nie ergangen wäre [663], aber andererseits wird der Strafbefehl nach herrschender Meinung durch den Einspruch zur Grundlage des sich anschließenden Hauptverfahrens [664]. Ein Eröffnungsbeschluß wird vom Gesetz nicht mehr gefordert; man schließt daraus, daß der Strafbefehl diesen ersetzt, obwohl die StPO nirgends davon spricht. Geht man von dieser herrschenden Meinung aus, so behält der Strafbefehl also immerhin die Bedeutung einer gerichtlichen Entscheidung. Dann kann man nicht vorbehaltlos davon sprechen, daß der Strafbefehl in seinem Bestand nur vom Willen des Betroffenen abhängig sei. Vielmehr müßte man gerade im Hinblick auf die Bedeutung als Ersatz des Eröffnungsbeschlusses annehmen, daß vor der Wertung des Strafbefehls als Grundlage der Hauptverhandlung rechtliches Gehör zu gewähren sei; denn daß der Eröffnungsbeschluß nicht ohne diese Voraussetzung ergehen darf, ist neuerdings anerkannt [665]. Dem dient auch § 201 StPO. In der Praxis würde das bedeuten, daß nach Einspruchseinlegung, bei der das rechtliche Gehör im allgemeinen ausreichend ausgeübt werden könnte, nicht automatisch die Hauptverhandlung anzuberaumen wäre, sondern zunächst unter Berücksichtigung der Einspruchsbegründung über die Aufrechterhaltung des Strafbefehls als Grundlage der Hauptverhandlung zu entscheiden wäre.

Es ist jedoch zu fragen, ob wirklich der Strafbefehl Ersatz des Eröffnungsbeschlusses, eine nicht zu entbehrende Grundlage der Hauptverhandlung ist. Aus dem Gesetz geht das nicht hervor. Zwar verlangt es im Normalfall einen Eröffnungsbeschluß; aber der Streit um dessen Zweckmäßigkeit zeigt, daß auch eine andere Regelung denkbar ist. Sie könnte also durchaus bei dem sich dem Einspruch anschließenden Verfahren vorliegen. Dies ist anzunehmen, wenn nicht der Strafbefehl noch einen guten Sinn behält. Tatsächlich verhält es sich aber so: Bei der Urteilsfindung in der Hauptverhandlung spielt der Strafbefehl keine Rolle. Der Umfang der Untersuchung wird nach § 264 StPO durch die Anklage, hier also durch den Antrag auf Erlaß des Strafbefehls, begrenzt. Will das Gericht den rechtlichen Gesichtspunkt ändern, so muß es darauf hinweisen.

---

im Strafbefehlsverfahren der Grundsatz des rechtlichen Gehörs deshalb nicht, weil es sich hier nicht um richterliche Entscheidungstätigkeit handle.

663 Vgl Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 411 Rn 7; Kern aaO 253.

664 Vgl Eb. Schmidt aaO.

665 BVerfG NJW 60, 765; BVerfGE 11, 29; Arndt NJW 60, 1191; Hamann, Kommentar 422.

Aber dazu bedarf es keines Vergleichs mit dem Strafbefehl und damit einer analogen Anwendung des § 265 StPO; den Vergleichsmaßstab liefert die Anklage; wenn über einen andern rechtlichen Vorwurf verhandelt wird, so zwingt Art. 103 I GG dazu, den Betroffenen aufzuklären. Man kann demnach in diesem Verfahren auch ganz ohne den Strafbefehl auskommen. Entfällt er aber nach Einspruch ganz als gerichtliche Entscheidung, dann setzt er auch, wie der Zahlungsbefehl und der Vorbescheid, kein rechtliches Gehör voraus.

4. Die Verfahren nach den §§ 24 und 91 a BVerfGG

Denselben Zweck wie der Vorbescheid nach § 84 VwGO hat der Verwerfungsbeschluß nach § 24 BVerfGG; der Unterschied besteht aber darin, daß die Entscheidung im Verfassungsgerichtsprozeß endgültig ist[666]. Gerade dieser Gesichtspunkt, der beim Vorbescheidsverfahren die Nichtanhörung gestattet, greift hier nicht ein. Deshalb ist in diesem Verfahren, wie auch sonst vor dem Bundesverfassungsgericht, rechtliches Gehör zu gewähren[667]. Dasselbe gilt für das Vorprüfungsverfahren nach § 91 a BVerfGG, bei dem es nicht darauf ankommt, ob die Verfassungsbeschwerde unzulässig oder offenbar unbegründet ist. Dies alles wäre an sich nicht besonders hervorzuheben, wenn nicht gerade diese der Vereinfachung und Beschleunigung dienenden Verfahren so leicht zu der Meinung verführen könnten, daß man es hier auch mit Art. 103 I GG nicht so genau zu nehmen habe. So wird behauptet, eingegangene Schriftsätze seien zwar zu berücksichtigen, jedoch brauche das Gericht eine Äußerung der Beteiligten nicht abzuwarten, da sonst der Entlastungseffekt entfalle[668]. Dem kann nicht voll zugestimmt werden; auf jeden Fall wird Art. 103 I GG es fordern, daß das Gericht eine angemessene Frist wartet, bevor es entscheidet.

Die Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ermöglichen auch die §§ 24 S 2, 91 a III BVerfGG, obwohl ihr Hauptzweck ein anderer ist. Behält sich ein Antragsteller auf ein Belehrungsschreiben nach § 91 a III, 24 S 2 BVerfGG in seiner Antwort weitere Ausführungen vor und bittet er ausdrücklich darum, ihm eine Frist hierfür zu setzen, falls sein bisheriges Vorbringen nicht genügen sollte, so ist es mit Art. 103 I GG schwerlich vereinbar, ohne auf seine Bitte einzugehen, alsbald zu entscheiden[669]. Hier kann Röhl[670] nicht gefolgt werden, wenn er - formal zwar zu Recht - behauptet, das Bundesverfassungsgericht habe sich mit diesem Vorgehen nicht widersprüchlich zu einer eigenen früheren Ent-

---

666 So auch Lechner GR III 2, 708.

667 Anders Löwe 401.

668 So Lechner aaO.

669 Vgl die Kontroverse zwischen Kniestedt, Zur Auslegung der §§ 91 a III, 24 S 2 BVerfGG, NJW 61, 60, und Röhl (Entgegnung zum selben Thema) NJW 61, 61.

670 AaO (trotz der Berechtigung seiner Kritik im übrigen).

Entscheidung [671] verhalten. Es ist also daran festzuhalten, daß auch in diesem Vorprüfungsverfahren rechtliches Gehör gewährt werden muß.

V Das Vorlageverfahren

Bei den zahlreichen Verfahren, in welchen bestimmte Gerichte (oder Große Senate oder Vollversammlungen) auf Anrufung der mit einer konkreten Rechtssache befaßten erkennenden Gerichte über eine Rechtsfrage zu entscheiden habe [672] [673], ist bezüglich des rechtlichen Gehörs zu unterscheiden.

1. Das Verfahren des vorlegenden Gerichts

Es ist zunächst zu prüfen, ob das vorlegende Gericht rechtliches Gehör zu geben hat. Hanswerner Müller [674] scheint die Frage bejahen zu wollen. Ausdrücklich sagt er das allerdings nur bezüglich der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorlegenden Oberlandesgerichte. Er leitet die Anhörungspflicht, da gesetzliche Einzelregelungen fehlen, direkt aus Art. 103 I GG ab. Demgegenüber findet nach Dürig [675] Art. 103 I GG hier keine Anwendung, da es sich bei der Vorlage um einen gerichtsinternen Vorgang handle. Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen; die Begründung ist insofern nicht ganz überzeugend, als der Beschluß doch anhand des konkreten Verfahrens ergeht und durch dieses Verfahren gerechtfertigt sein muß. Er ist also nicht unabhängig von diesem Verfahren; man könnte sich daher vorstellen, daß die Parteien ihn beeinflussen können müßten. Aber trotzdem verlangt Art. 103 I GG hier kein rechtliches Gehör der Beteiligten, denn eine Beschwer durch den Vorlagebeschluß, die hier mangels eines Antrags nur materiell bestimmt werden könnte, ist nicht denkbar; es kann den Beteiligten gleichgültig, oft sogar lieber sein, daß ein vom Gesetzgeber als qualifizierter angesehenes Gericht über die Rechtsfrage entscheidet.

2. Das Verfahren des über die Vorlage entscheidenden Gerichts

Die Anwendbarkeit des Art. 103 I GG im Verfahren des mit der Vorlagefrage befaßten Gerichts wird von Hanswerner Müller [676] ebenfalls bejaht; die Beteiligten müssen nach ihm zur Begründung des Vorlagebeschlusses Stellung neh-

---

671 BVerfGE 8, 89.

672 Zusammenstellung der bekanntesten Fälle bei Hanswerner Müller NJW 57, 1016; dort werden auch die Prozeßgesetze daraufhin überprüft, ob sie eine Anhörung vorschreiben.

673 In den Vorlagefällen des § 28 II FGG entscheidet der BGH nach § 28 III FGG nicht nur über die Rechtsfrage, sondern auch in der Sache.

674 NJW 57, 1017. 675 MD Art. 103 Rn 87 mwN. 676 AaO.

men können. Auch Dürig [677] hält hier die Gelegenheit zur Äußerung dann für erforderlich, wenn inzwischen neue Rechtstatsachen auftreten, da das über die Vorlagefrage entscheidende Gericht die Sache nicht zurückgeben dürfe [678]. Hamann [679] hält die Anhörung aus rechtspolitischen Erwägungen für wünschenswert, hat aber gegen die Nichtbeteiligung der Parteien bei solchen Verfahren keine verfassungsrechtlichen Bedenken und weist darauf hin, daß auch eine Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts [680] ohne Anhörung ergangen sei. Zur Lösung der Frage ist davon auszugehen, daß es sich auch hier um richterliche Akte handelt, die nicht nur vom Willen der Beteiligten abhängen. Ob Art. 103 I GG eingreift, hängt damit nur noch davon ab, ob diese Beschlüsse beschwerende Wirkung haben können. Das ist zu bejahen; denn die Entscheidung über die Rechtsfrage bindet nachher das erkennende Gericht, dessen Entscheidung wiederum die Parteien. Im Verfahren über die Rechtsfrage ist daher Art. 103 I GG zu entsprechen. Vor allem ist also eine Äußerungsgelegenheit zur Stellungnahme des erkennenden Gerichts zu geben. Entscheidet der Bundesgerichtshof nach § 28 FGG in vollem Umfang über die weitere Beschwerde, so trifft ihn als nunmehr erkennendes Gericht selbstverständlich auch die Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs.

VI Das Beschwerdeverfahren

1. Das Verfahren des iudex ad quem

Früher war schließlich auch für das Beschwerdeverfahren, gleichgültig nach welcher Verfahrensordnung, umstritten, ob rechtliches Gehör zu gewähren sei. Darüber berichtet genauer Löwe, der feststellt, die ablehnende Meinung sei die herrschende gewesen [681]. Die Gründe hierfür sind folgende: Einmal glaubte man, die in der Vorinstanz erfolgte Anhörung mache deren Wiederholung überflüssig. In Wirklichkeit geht es gar nicht um eine Wiederholung, sondern um die grundsätzliche Möglichkeit des rechtlichen Gehörs vor jeder richterlichen Instanz. Zum andern kam man gar nicht auf den Gedanken, rechtliches Gehör in der Beschwerdeinstanz für notwendig zu halten, soweit man, was die Regel war, für eine Verfahrensordnung auch in erster Instanz einen Anspruch ablehnte [682]. Heute be-

---

677 AaO. 678 Vgl BGHZ 13, 265 (267).

679 AnwBl 58, 145.

680 BVerfGE 4, 27 im Zusammenhang mit BVerfGE 4, 31.

681 Löwe 344 ff mwN; vgl aber schon Prager AcP 133, 180 f. Aus der Rechtsprechung: RG JW 98, 284; JW 03, 125; KG ZZP 13, 394; JW 31, 3565; OLG Hamburg JW 16, 1551; OLG Breslau OLGRspr 33, 86 (87).

682 So anscheinend noch Grunau, Anmerkung zu OLG Hamm DNotZ 50, 210,

steht kein Zweifel mehr darüber, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör auch im Beschwerdeverfahren grundsätzlich zu bejahen ist[683]; denn es ist kein Grund dafür ersichtlich, daß hier etwas anderes gelten sollte als sonst. Alle oben entwickelten Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 103 I GG sind gegeben.

2. Das Abhilfeverfahren des iudex a quo

Das Beschwerdeverfahren ist im allgemeinen dadurch gekennzeichnet, daß zunächst der iudex a quo seine Entscheidung überprüft. Nur wenn er keinen Grund zur Abhilfe sieht, legt er die Beschwerde dem höheren Gericht zur Entscheidung vor[684]. Diese Regelung bildete den Anlaß zur Diskussion über die Frage, ob auch der erstentscheidende Richter rechtliches Gehör zu gewähren habe, wenn er der Beschwerde abhelfen wolle. Die Meinungen sind geteilt. Einerseits glauben einige Autoren, die Anhörung sei hier entbehrlich, weil der Übergangene selbst noch die Beschwerdemöglichkeit habe, oder praktisch unmöglich, weil sonst die besonders kurzen Vorlegungsfristen der §§ 571 ZPO und 306 II StPO nicht eingehalten werden könnten[685]. Andere bejahen die Anhörungspflicht[686]. Ihnen ist zuzustimmen. Hanswerner Müller[687] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die gegenteilige Ansicht zu nicht wiedergutzumachender Beeinträchtigung des Beschwerdegegners führt, wenn er selbst nicht mehr Beschwerde einlegen kann und daß eine Verweisung auf die in der Regel bestehende spätere eigene Beschwerdemöglichkeit ein Umweg wäre, dem der Grundsatz der Prozeßökonomie entgegensteht. Nicht gefolgt werden kann ihm allerdings bei seiner Annahme, die gesetzlichen Vorlegungsfristen seien nicht so ernst zu nehmen wie es den Anschein habe; denn es handelt sich nicht nur um Sollvorschriften. Aber trotzdem rechtfertigten diese Prozeßrechtsnormen nicht eine Mißachtung des Art. 103 I GG. Soweit sie so kurz bemessen sind, daß ihre Einhaltung die Verwirklichung des Rechts auf Gehör stören könnte, müssen sie

---

ebenda 213; vgl auch Löwe 349.

683 BVerfGE 4, 190 (192); 6, 12 (14); 7, 95 (98 f); MD Art. 103 Rn 85 Anm 5; Röhl NJW 53, 1532 und MDR 55, 522; Baumbach-Lauterbach, § 573 Anm 2 C; vgl auch Herminghausen RdL 55, 210.

684 Vgl zB §§ 571 ZPO, 306 II StPO, 18 I FGG, 174 SGG, 78 ArbGG. Ausnahmen gibt es in den Fällen der sofortigen Beschwerde.

685 Röhl MDR 55, 522; Rahn NJW 59, 1167; Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 308 Rn 6; Ulrich, Nochmals: Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 60, 709.

686 MD Art. 103 Rn 85 Anm 5; Kleinknecht-Müller, § 308 Anm 2; Hanswerner Müller, Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 60, 21; derselbe, Nochmals: Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 60, 710.

687 AaO 21 und 710.

nicht eingehalten werden. Art. 103 I GG geht hier den prozeßrechtlichen Normen vor. Und Art. 103 I GG gebietet zwingend die Anhörung, wenn eine Abhilfe durch den iudex a quo möglich erscheint; denn diese beschwert den Beschwerdegegner und ist eine echte richterliche Entscheidung. Sobald der Richter erwägt, der Beschwerde abzuhelfen, hat er Gehör zu gewähren. Weiß er dagegen von vornherein, daß kein Raum für eine Änderung seiner Entscheidung ist, dann legt er die Beschwerde vor, ohne eine neue Entscheidung zu treffen und braucht deshalb den Beschwerdegegner nicht zu benachrichtigen.

3. Die Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung

Im Zusammenhang mit dieser Frage wurde schließlich am Beispiel des § 307 StPO (vgl auch §§ 572 II ZPO, 149 I VwGO) noch erörtert, ob eine Mitteilungspflicht im Beschwerdeverfahren auch in den Fällen der Aussetzung der Vollziehung einer Entscheidung besteht. Rahn[688] verneint dies unter Berufung auf Sinn und Zweck der §§ 307, 308 StPO. Berücksichtigt man jedoch Art. 103 I GG, so läßt sich diese Meinung nicht halten, soweit auch die Aussetzung der Vollziehung sich nachteilig auf die Stellung des Gegners auswirken kann. Daß es sich um eine prozessuale Zwischenentscheidung handelt, darf keine Bedeutung haben; denn auch für diese besteht nach Art. 103 I GG das Recht auf rechtliches Gehör[689].

---

688 NJW 59, 1167.

689 S. oben § 9 II 5.

Lebenslauf

Als zweites von vier Kindern des damaligen Regierungsbaumeisters, jetzigen Hauptkonservators Oscar Heck und seiner Ehefrau Eva, geb. Hoffmann, wurde ich am 30. Juni 1935 in Berlin-Zehlendorf geboren. Meine dort im Herbst 1941 begonnene Schulzeit setzte ich nach der Evakuierung in Hechingen fort. Am 16. März 1954 legte ich am Staatlichen Gymnasium Hechingen die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester 1954 bis zum Wintersemester 1957/58 studierte ich Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen mit Ausnahme des dritten und vierten Semesters, die ich an der Freien Universität Berlin verbrachte. Am 19. Juni 1958 bestand ich in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung. Seit Herbst 1958 bin ich Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.